

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DEBORAH DETTMAM MATOS

**CONCENTRAÇÃO, DIVISÃO E CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO:
A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO EQUILIBRADO E NO
CONSTITUCIONALISMO POPULAR**

CURITIBA

2017

DEBORAH DETTMAM MATOS

**CONCENTRAÇÃO, DIVISÃO E CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO:
A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO EQUILIBRADO E NO
CONSTITUCIONALISMO POPULAR**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Doutora.

Área de Concentração: Direito do Estado

Orientadora: Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri

Co-Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA

2017

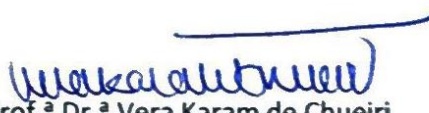
TERMO DE APROVAÇÃO DE BANCA

DEBORAH DETTMAM MATOS

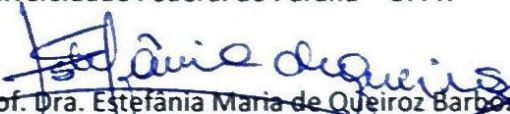
CONCENTRAÇÃO, DIVISÃO E CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO:
A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO EQUILIBRADO E NO
CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

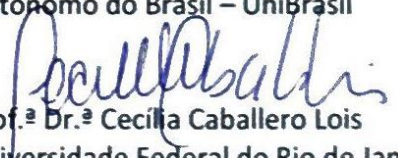

Prof.ª Dr.ª Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Co-Orientador:


Prof. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Universidade Federal do Paraná – UFPR


Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Universidade Federal do Paraná – UFPR


Prof. Dr. Bruno Lorenzetto
Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Centro Universitário
Autônomo do Brasil – UniBrasil


Prof.ª Dr.ª Cecília Caballero Lois
Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

Para Nelson, sempre.

AGRADECIMENTOS

Pierre Charron dizia que quem faz um favor nunca deve lembrar, quem recebe nunca deve esquecer. Esta tese foi elaborada com a ajuda de muitos amigos, a quem devo, por justiça, prestar agradecimentos. Gostaria de agradecer aos meus orientadores, professor Clèmerson Merlin Clève e professora Vera Karam de Chueiri. Ao Professor Clève, agradeço a gentileza e educação com que sempre fui tratada, agradeço os comentários e correções a este trabalho, o apoio emocional nos momentos de dificuldade e o encorajamento para chegar até o final. À Professora Vera, agradeço o amor e carinho com que me recebeu, agradeço as correções e sugestões que me foram feitas e a disponibilidade em me orientar. Agradeço aos professores e aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná pelo auxílio que recebi. Da Universidade só terei boas recordações. Aos meus amigos e colegas de classe do doutorado, agradeço o incentivo aos estudos e a amizade. Agradeço, igualmente, aos meus amigos do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí, por viabilizarem meu afastamento e permitirem a realização desse projeto.

Finalmente, devo prestar agradecimentos à minha família não apenas pelo suporte emocional, mas também pelas contribuições a minha pesquisa. Agradeço a Rebeca Dettmam Loss, Edward Dettmam Loss, Sarah Dettmam Maia, Esther Dettmam Maia e Ismenia Warley Dettmam todo o auxílio prestado nas tarefas de aquisição, tradução e interpretação dos textos estrangeiros. Agradeço, ainda, à Esther e à Sarah o acolhimento que recebi, em suas casas, para a realização do doutorado no Paraná e em Salt Lake City. Esse doutorado não teria ocorrido sem o carinho e a paciência de vocês. À minha mãe, Ismenia, agradeço o amor e o exemplo. É mais fácil perseverar quando temos alguém que nos ensina a trabalhar com zelo. Agradeço, especialmente, a meu marido Nelson Juliano Cardoso Matos, pelo apoio durante todos esses anos, incentivando a realização de minha pós-graduação em outro Estado e país, pela confiança, pelas orientações e revisões e, acima de tudo, pelo sacrifício da ausência, das despedidas e da saudade. A todos vocês, nunca esquecerei.

Não conheço outro depositário seguro dos poderes últimos da sociedade que o próprio povo, e se achamos que o povo não é esclarecido o suficiente para exercitar seu controle com salutar discernimento, o remédio não é retirar esse poder, mas formar seu discernimento por meio da educação. Este é o verdadeiro mecanismo para corrigir os abusos do poder constitucional.

(Thomas Jefferson)

RESUMO

Esta tese trata da possibilidade ou não de controle do poder legislativo pelos poderes executivo e judiciário, a partir do estudo de duas teorias de separação de poderes: a teoria do equilíbrio, representada na constituição moderada, e a teoria da soberania popular, representada na constituição popular. Investiga os fundamentos e a coerência teórica das duas abordagens a partir da análise de três aspectos do problema: (a) o debate contemporâneo sobre a separação de poderes no contexto histórico das origens do constitucionalismo inglês, americano e francês, (b) os fundamentos do *judicial review* (ou, pelo menos, de uma de suas concepções) em face das duas abordagens, especialmente a respeito da faculdade de estatuir do judiciário e (c) o povo como árbitro das controvérsias entre os poderes. Na perspectiva da constituição equilibrada, o poder executivo, exercido pelo monarca, participaria do poder legislativo apenas com a faculdade de impedir, enquanto as assembleias deteriam a faculdade de estatuir. Na perspectiva da constituição popular, a soberania popular impediria a divisão do poder legislativo, impondo a separação funcional de poderes e, com ela, a proibição do veto do poder executivo ao legislativo. A teoria do equilíbrio admitiria que o poder executivo partilhasse da autoridade legislativa, mas não o poder judiciário, por entender que os juízes tornar-se-iam arbitrários. Entretanto, nos primórdios da república americana, os federalistas teriam estendido a mesma prerrogativa de veto do monarca ao poder judiciário, por intermédio do *judicial review*, dando nova abordagem à separação de poderes equilibrada. A legitimidade do *judicial review* decorreria do caráter supremo da constituição escrita. Nesta tese, não há relação necessária entre hierarquia constitucional ou limitação do legislativo com o *judicial review*. Os federalistas, na tentativa de legitimar a autoridade legislativa negativa dos juízes, acabariam por empregar argumentos que são inaceitáveis para legitimar a supremacia legislativa, como o uso do poder constituinte do povo como árbitro do conflito. Todavia, uma teoria de separação de poderes que outorgasse igual autoridade para interpretar a constituição poderia deflagrar a anarquia deliberativa, sendo imprescindível a previsão de resolutividade de eventual conflito entre os poderes. Uma das maneiras de se assegurar a resolutividade e a igual submissão dos poderes à constituição seria a definição de um guardião externo, como uma assembleia constituinte ou o povo. Entretanto, na perspectiva da constituição equilibrada, o recurso constante ao povo não apenas seria custoso, inviabilizando a própria separação de poderes, como romperia o equilíbrio, dando vantagem indevida ao poder legislativo. O povo, ou seus representantes, como juiz do conflito, seria um juiz tão suscetível à corrupção e parcialidade quanto os demais poderes, porém, sendo a última instância decisória, nos termos da assimetria imposta pela soberania popular, que imporia a obediência à suprema autoridade legislativa do povo, não teria qualquer autoridade para lhe contrapor. A teoria do equilíbrio, por sua vez, ao conceder o poder de veto ao executivo ou judiciário, poderia frustrar os interesses da maioria do povo. Nesse sentido, qualquer teoria da separação de poderes necessitaria, em última análise, escolher qual valor prevaleceria, o cumprimento da vontade popular ou a manutenção do governo moderado. Por fim, uma teoria do *judicial review* que confira ao judiciário o poder de estatuir não encontra fundamento em nenhuma das duas abordagens de separação de poderes.

Palavras – Chave: separação de poderes, *judicial review*, soberania popular.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to explore the possibility of whether or not the executive and judiciary branches are able to control the legislative branch, based on the study of two theories of separation of powers: the theory of balance, represented in the moderate constitution, and the theory of popular sovereignty represented in the popular constitution. It investigates the fundamentals and theoretical coherence of the two approaches from the analysis of three aspects of the problem: (a) the contemporary debate on the separation of powers in the historical context of the origins of English, American, and French constitutionalism; b) the foundation of the judicial review (or at least one of its conceptions) in light of the two approaches, especially regarding the faculty of the judiciary to ordain and (c) the people as arbiter of the controversies between the powers. In the perspective of a balanced constitution, the executive branch, exercised by the monarch, would participate in the legislative branch only with the power of rejecting and not of resolving, while the assemblies would hold the power of resolving or ordaining. From the perspective of the popular constitution, popular sovereignty would impede the division of legislative power, imposing the functional separation of powers and, with it, a veto ban from executive to legislative power. The theory of balance would allow the executive to share the legislative authority, but not the judiciary, on the understanding that judges would become arbitrary. However, in the early days of the American republic, the federalists would have extended the same prerogative of veto of the monarch to the judiciary, through judicial review, giving a new approach to balanced separation of powers. The legitimacy of judicial review would derive from the supreme character of the written constitution. In this thesis, there is no necessary relationship between constitutional hierarchy or legislative limitation with judicial review. The federalists, in an attempt to legitimize the power of the judiciary to adjudge an act void, would eventually use arguments that were unacceptable to legitimize legislative supremacy, such as the use of the constituent power of the people as arbiter of the constitutional conflict. However, a theory of separation of powers that grants equal authority to interpret the constitution could trigger deliberative anarchy, and it is essential to foresee the criteria of resolution of any conflict between the powers. One way of ensuring resoluteness and equal submission of the branches to the constitution would be to define an external guardian, such as a constituent assembly or people, however, in the perspective of a balanced constitution, the constant recourse to the people would not only be costly, making the theory of separation of powers impossible, as it would break the balance, giving undue advantage to the legislative power. The people, or their representatives, as the judge of the conflict, would be a judge so susceptible to corruption and partiality as the other powers, but being the last instance, in the terms of the asymmetry imposed by popular sovereignty, the people would have no other authority to oppose it. The balance theory, in turn, in granting veto power to the executive or judiciary, could impede the interests of the majority of the people. In this sense, any theory of separation of powers would ultimately need to choose which value would prevail, the fulfillment of the popular will or the maintenance of moderate government. Finally, a theory of judicial review that confers on the judiciary the power of ordaining has no basis in either of the two approaches of separation of powers.

Key words: separation of powers, judicial review, popular sovereignty

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 LIBERDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES: A VISÃO DA TEORIA EQUILIBRADA E DA SOBERANIA POPULAR	15
1.1 INTRODUÇÃO À TEORIA CONSTITUCIONAL INGLESA E FRANCESA.....	15
1.2 A PROPOSTA DE LOCKE PARA SUPERAR A APARENTE DICOTOMIA ENTRE SUPREMACIA LEGISLATIVA E SEPARAÇÃO DE PODERES.....	17
1.2.1 O consentimento constituinte.....	23
1.2.2 A separação de poderes e função legislativa	29
1.2.3 O papel do direito natural na legislatura de Locke	31
1.3 A SEPARAÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU: UMA DEFESA DO EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES	39
1.4 DA CONSTITUIÇÃO MISTA À SOBERANIA DA NAÇÃO: A DOUTRINA FRANCESA DA SEPARAÇÃO FUNCIONAL PURA DE PODERES	55
1.4.1 Os poderes legislativo e executivo na obra de Rousseau	56
1.4.2 A divisão do poder legislativo em Sieyès.	60
1.5 DUAS VISÕES SOBRE O PODER LEGISLATIVO: A SEPARAÇÃO DE PODERES EQUILIBRADA E HIERÁRQUICA.....	69
2 UMA CONSTITUIÇÃO PARA SALVAR O POVO DE SI MESMO	76
2.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES NOS ESTADOS UNIDOS: UMA ADAPTAÇÃO DA TEORIA DE EQUILÍBRIO DE MONTESQUIEU.....	76
2.2. O JUDICIAL REVIEW NOS PRIMÓRDIOS DA REPÚBLICA NORTE-AMERICANA: DECLARAR NULO UM ATO REPUGNANTE À CONSTITUIÇÃO	80
2.2.1 Uma ode ao equilíbrio entre os poderes em substituição à supremacia parlamentar	85
2.2.2 O maior avanço em instituições políticas – a constituição escrita: uma nova forma de limitar o legislativo	92
2.2.3 Uma proposição muito clara para ser contestada	94
2.3 DO JUDICIAL REVIEW À SUPREMACIA JUDICIAL: A AUTORIDADE QUE A SUPREMA CORTE DEU A SI MESMA?.....	108
2.4 PELO POVO E CONTRA O POVO.....	123

2.4.1. Contra o povo: o velho problema da tirania da maioria.....	125
2.4.1.1. A maioria no legislativo, a minoria no judiciário.....	129
2.4.1.2 A maioria no bote salva-vidas.....	137
2.4.1.3 Quem deseja um governo da maioria?.....	155
2.4.2 Pelo povo: os juízes como representantes do povo.....	158
2.5 IGUALDADE DE PODERES, ANARQUIA DELIBERATIVA E SUPREMACIA	174
3 UMA CONSTITUIÇÃO SALVA PELO PRÓPRIO POVO	198
3.1 O POVO COMO JUIZ CONSTITUCIONAL.....	198
3.2 INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES E RECURSO AO LEGISLADOR: QUEM É O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?	200
3.3 O POVO, DIRETAMENTE, E SEUS REPRESENTANTES: DUAS FORMAS DE EXPRESSÃO DA SOBERANIA POPULAR	211
3.3.1 O recurso a assembleias extraordinárias	213
3.3.2 Recurso direto ao povo	238
3.3.3 A réplica do governo equilibrado: o pré-compromisso do povo	251
3.4 ENTRE O EQUILÍBRIO E O CONTROLE POPULAR	263
CONCLUSÃO.....	273
REFERÊNCIAS	288

INTRODUÇÃO

Esta tese trata do poder e seu controle. Toma como ponto de partida o repúdio à tirania, caracterizada pela concentração das faculdades de criar, executar e julgar as leis em uma única pessoa ou instituição, para defender a separação de poderes como contenção do arbítrio. Dentro desse esquema, ora bipartido ora tripartido, um poder, especificamente, foi investido na autoridade fixar “as diretrizes de como a força da sociedade seria empregada para preservar seus membros”,¹ competindo-lhe elaborar leis e organizar os demais poderes. A forma de governo dependeria de quem seria o depositário de sua autoridade e, por ser a primeira autoridade a existir na sociedade civil, tornava-se suprema em relação às demais. Essa autoridade foi nomeada como poder legislativo e detinha a suprema faculdade de elaborar as leis que regeriam toda a comunidade. Por anteceder e ser superior a todos as demais, o poder de legislar constituía a autoridade mais poderosa, exigindo que as funções executiva e judiciária fossem compelidas a cumprir suas determinações. Tal obediência era imperiosa porque a igual sujeição de todos os cidadãos à lei era única medida que apartaria os governos tirânicos dos governos livres. Todavia, a supremacia legislativa implicava, estritamente, na suprema função de legislar, não lhe sendo outorgado executar ou julgar suas próprias leis. A separação das funções, portanto, era o instrumento de segurança da liberdade e, para que a liberdade fosse mantida, o poder legislativo deveria estar organizado e controlado de modo que não comprometesse a própria separação de poderes. Esta tese dedica-se a estudar como o poder legislativo foi dividido e controlado pelos poderes executivo e judiciário a fim de preservar a própria separação de poderes, resguardando, consequentemente, a liberdade do povo.

Para alcançar esse objetivo, esta tese examina duas concepções distintas de separação de poderes que se tensionam, se rivalizam e se complementam, sendo uma originária da tradição clássica do governo misto e do governo moderado, outra originária dos movimentos liberais e democráticos, no nascedouro do moderno constitucionalismo. O ponto de intersecção entre todos os aspectos do problema é o desenho institucional e a dinâmica do poder legislativo. Na primeira concepção, denominada de constitucionalismo equilibrado, a teoria da separação de poderes permitia a divisão do poder legislativo em

¹ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo, p. 514.

duas faculdades, a de estatuir (reservada às assembleias) e a de impedir (reservada ao monarca, representante do poder executivo). Para a teoria equilibrada, a separação de poderes admitia, ou até mesmo exigia, a participação do poder executivo no poder legislativo, por intermédio do veto real. Essa precaução decorria do desejo de dominar a ambição do povo, expressão de uma potência majoritária, freada pela ambição de outros segmentos sociais minoritários, como os nobres e o rei. O controle recíproco intenciona impedir que qualquer vontade prevaleça sem que seja forçada a ceder parte de sua ambição. Na segunda concepção, denominada de constitucionalismo popular, a teoria da separação funcional de poderes rejeita a divisão do poder legislativo e impede que os poderes executivo ou judiciário participem da legislatura. Por acreditar que o supremo poder de legislar pertence ao povo, nos termos da soberania popular; esta teoria entende que cabe ao povo, e somente a ele, controlar a legislação.

Ambas as teorias foram desenvolvidas em contraposição à monarquia absolutista, prescrevendo ou descrevendo um modelo institucional apto a assegurar a liberdade do cidadão, ou, de outro modo, impedir o exercício do poder político arbitrário ou tirânico. Vittorio Alfieri esclarecia que os gregos chamavam de tiranos aqueles que, por força ou astúcia, aclamados pela vontade do povo ou dos grandes, eram capazes de obter as rédeas absolutas do governo, julgando-se mais poderosos que as leis. A tirania era vista como a ilimitada autoridade de fazer o mal, sendo tirano o governo no qual o responsável por executar as leis as podia elaborar, destruir, infringir, interpretar, suspender ou iludir com segurança de impunidade. A diferença, portanto, entre o justo governo e a tirania não estava em haver ou não leis estabelecidas, mas na “estabelecida impossibilidade de não se executarem”.² Para Alfieri, a monarquia, definida como autoridade exclusiva e preponderante de um só, era sinônima de tirania. Ele reconhecia a distinção clássica entre monarquia e tirania, entre legitimidade e abuso, porém, de nada adiantaria possuir leis se as leis não tivessem força e autoridade independentes da força e autoridade do príncipe. De nada valeria, igualmente, existir leis se não houvesse uma força e autoridade igual a do monarca (e não haveria monarquia onde existisse uma autoridade superior ou igual a sua, sendo conceitos excludentes). Toda comunidade, dizia, possui leis estabelecidas, mas se as leis não tivessem força e autoridade por si mesmas, independente em tudo da do príncipe,

² ALFIERI, Vittorio. *Tratado da tirania*, pp.125-127.

estariam fadadas a sucumbir. Logo, o tirano não se sujeitava às leis, sendo sua autoridade ilimitada.

A tirania, portanto, decorria da falta de limites à autoridade de um só. Manifestava-se pela concentração do poder no monarca e em sua preponderante autoridade sobre todos, inclusive sobre a lei. Contra essa forma de governo, rivalizava a república. República, porém, não era a substituição do governo de um pelo governo de muitos ou de todo o povo. A república era a manifestação de um governo equilibrado, em que todas as forças suportariam algum tipo de limitação, pois, de nada adiantaria, como logo diriam os ingleses, substituir a tirania de um só pela tirania do Parlamento. Todo poder precisava ser limitado, inclusive o poder legislativo. Assim, como disse Pocock,³ a herança cívica oriunda do renascentismo republicano, que deu origem a separação de poderes, constituiu-se em uma ordem primeiramente ética e só posteriormente institucional. Ao preocupar-se com o risco de corrupção do governo, essa ordem separava a função executiva da legislativa e tentava prevenir que qualquer pessoa pudesse agir como juiz em sua própria causa.

Nesse sentido, o contexto de transição do absolutismo para o constitucionalismo liberal dos séculos XVII e XVIII explica a ênfase da argumentação que estrategicamente fortaleceu o legislativo para limitar, controlar e desconcentrar o poder no rei (no executivo); nos séculos seguintes foi preocupação recorrente conter os excessos do legislativo e mesmo os excessos do povo, fortalecendo o judiciário; no contexto atual, os eventuais excessos do judiciário levam a um impasse que pode ser entendido ou resolvido no olhar retrospectivo do problema e das sucessivas soluções. Assim, nesse impasse, da tensão entre equilíbrio e controle popular, entre constituição equilibrada e constitucionalismo popular, cabe compreender a dimensão e os fundamentos da pergunta que talvez não tenha resposta certa: como a separação de poderes impediria o arbítrio?

A divisão do poder legislativo foi uma estratégia de controle. Na Inglaterra, a teoria equilibrada dividia o legislativo entre os comuns, lordes e rei. Este último, contudo, e às vezes os lordes, eram investidos apenas no poder de veto. Nos Estados Unidos, os federalistas defenderam que a Suprema Corte também exerceria o poder de impedir, participando negativamente da legislação. Essa escolha, no entender de Montesquieu, outorgava ao poder judiciário uma autoridade que não lhe caberia. Do exposto, observa-se,

³ POCKOCK. J. G. A. *El momento maquiavélico*, p. 215.

nesta tese, que Montesquieu dividiu a autoridade legislativa com o rei, mas não com os juízes, os federalistas deram aos juízes o mesmo tratamento que Montesquieu deu ao rei; já os franceses, sobretudo os teóricos da soberania popular, deram ao rei o mesmo tratamento que Montesquieu deu aos juízes, isto é, negaram qualquer autoridade legislativa. Do exposto, percebe-se que o problema do controle do poder legislativo não se restringe apenas à (im)possibilidade de sua divisão, como também quem poderia dele participar. Essa controvérsia definiria não apenas a legitimidade do veto como definiria, igualmente, a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade.

Diante desses problemas, esta tese foi organizada em três capítulos. O primeiro capítulo analisa o contexto do debate teórico sobre separação de poderes, constituição e poder legislativo na Inglaterra e da França, nos séculos XVII, XVIII e XIX, definindo as características teóricas dos dois modelos de constitucionalismo. O segundo capítulo analisa o contexto do mesmo debate teórico nos Estados Unidos, incorporando à discussão o *judicial review* e os impactos do poder de impedir exercido pelo poder judiciário. O terceiro capítulo dá ênfase à teoria funcional da separação de poderes, descrita no constitucionalismo popular, e à crítica da constituição equilibrada à ideia de conferir ao povo, diretamente ou por intermédio de seus representantes, a autoridade para fiscalizar o exercício dos três poderes.

Pretende-se demonstrar que o poder dos juízes de controlar e limitar o legislativo foi assentado sob dois pilares. O primeiro pilar determina o controle do legislativo pelos juízes como decorrência da supremacia constitucional. O segundo pilar, como decorrência do primeiro, reconhece a separação e a igualdade entre os poderes constituídos, transformando o *judicial review* em uma decorrência natural da constituição limitada. A crença nesses dois pilares serviu como subsídio do poder de magistrados não eleitos falarem em nome do povo, como também conterem a tirania expressa na vontade parlamentar majoritária, preservando o equilíbrio e a moderação do governo. Para esta tese, os pilares do *judicial review* contêm assunções equivocadas que foram estrategicamente utilizadas para permitir que os juízes anulem a legislação, diante da ausência de uma relação necessária entre supremacia constitucional e controle judicial, como queria dizer Sieyès, ao distinguir a autoridade legislativa em poder constituinte e constituído. Seguindo a mesma linha, o *judicial review* teria sido incoerente ao invocar a igual submissão dos poderes à

constituição para questionar a constitucionalidade das leis sem permitir, sob a tese da igualdade, a revisão das decisões judiciais inconstitucionais.

Para esta tese, a igualdade entre os poderes não solucionaria o impasse anárquico decorrente de diversos intérpretes constitucionais, a não ser que a separação de poderes fosse vista a partir da distinção entre as funções legislativas de impedir e ordenar, nos termos da teoria do equilíbrio, assegurando definitividade ao impasse, ou recorresse ao povo como juiz constitucional. As duas saídas, entretanto, guardariam problemas. Pela teoria do equilíbrio, o impasse imporiria o *status quo*, o que seria indesejável em um cenário no qual o povo buscasse mudanças (sabendo que a faculdade de impedir seria exercida por magistrados não eleitos). Pela teoria da soberania popular, a maioria do povo decidiria, o que seria indesejável em um cenário comprometido com a preservação da liberdade das minorias. Esta tese pretende demonstrar que o ativismo judicial, compreendido como o poder de estatuir dos juízes, não se legitima nem sob a perspectiva do constitucionalismo equilibrado, nem sob a perspectiva do constitucionalismo popular.

Por fim, esta tese pretende demonstrar que as constituições são mecanismos que minimizam o risco da tirania, mas não o eliminam. Isso porque a instituição de um governo e a elaboração de uma constituição exigem a escolha de um valor maior, que se dá mais ênfase à liberdade dos indivíduos, sacrificando a vontade do povo, ou se dá mais ênfase à vontade do povo, sacrificando a liberdade dos indivíduos. A tirania, no primeiro caso, pode advir da imposição de uma decisão contrária à vontade popular, no segundo, da opressão à liberdade do cidadão. E mesmo que esse problema inicial pudesse ser superado e um governo estivesse comprometido a se submeter à vontade do povo, ainda assim, não seria possível se saber com clareza o que o povo deseja.

É preciso advertir ao leitor, portanto, que esta tese não dá soluções novas ao vício da tirania monárquica ou ao vício do despotismo parlamentar, mas resgata soluções antigas e explicita as insuficiências e contradições de muitas soluções novas. Apenas acredita que qualquer solução, caso exista, ainda está longe de ser alcançada.

1 LIBERDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES: A VISÃO DA TEORIA EQUILIBRADA E DA SOBERANIA POPULAR

1.1 INTRODUÇÃO À TEORIA CONSTITUCIONAL INGLESA E FRANCESA

No decorrer dos séculos XVII e XVIII, os liberais ingleses e franceses passaram a desafiar as teorias que legitimavam o poder absoluto do monarca ou que davam à sua pessoa a função soberana do governo. Sobre essas ideias se alicerçou o constitucionalismo moderno, com o intuito de conceber um governo legítimo em que o povo limitaria, em sua constituição, o governo que, por sua vez, limitaria o povo.

Toda discussão política, fundamentalmente, procurava solucionar uma única controvérsia: quem detinha o poder supremo na Inglaterra e na França, já que esse poder não poderia ser titularizado pelo rei? O desafio, assim, era dar legitimidade a um governo no qual o monarca não fosse o soberano. Os ingleses e franceses responderam a essa pergunta de formas distintas, afirmando que existiria um só poder soberano: na Inglaterra, o Parlamento, na França, a assembleia constituinte. Ainda que os dois órgãos alegassem agir sob autoridade do povo ou da nação, como preferiam os franceses, havia uma profunda distinção acerca do objeto de delegação dessa autoridade, isto é, reconhecer que o Parlamento era o poder soberano na Inglaterra nunca significou que ele pudesse agir ilimitadamente, bem diferente da maneira como foi forjada a teoria da soberania popular e do poder constituinte na França. Os teóricos liberais ingleses rapidamente concluíram que os vícios de um governo absolutista não seriam extirpados apenas com a substituição do rei pelo Parlamento. Não se tratava, portanto, de instituir uma aristocracia absolutista, mas evitar que todas as funções do Estado pudessem se concentrar em um único corpo, precaveram-se, ainda, em dividir o poder legislativo, evitando que fosse concentrado em uma única câmara. Já os franceses não tiveram problemas em dar ao corpo coletivo, fosse como expressão do poder constituinte, fosse como expressão da vontade geral, o poder legislativo irrestrito, por considerarem inimaginável o risco de qualquer tirania da nação ou do povo sobre si mesmo. É possível dizer, assim, que tanto a Inglaterra quanto a França, ao conceberem o papel da constituição, buscaram limitar o governo, mas a força que instituía o

governo na Inglaterra, o consenso constituinte, como queria John Locke, revelava um poder restrito em sua origem, instituindo o governo limitado pela separação de funções, que reconhecia a supremacia de um legislativo limitado; já os franceses não reconheceram essa restrição ao teorizarem os poderes das assembleias constituintes.

Neste capítulo será visto que a teoria liberal da Inglaterra tentou sobrepujar o dilema da monarquia absolutista a partir de duas estratégias. A primeira estratégia foi o *rule of law*, que sujeitava igualmente todo corpo político, do mais humilde cidadão ao monarca, ao direito. Assegurava, também, uma legislação genérica e abstrata, apta a garantir a imparcialidade da norma e evitar que o parlamento promovesse atos de administração tipicamente executiva. A segunda estratégia foi desconcentrar os poderes do monarca, para isso, desenvolveu uma teoria de supremacia legislativa atrelada a uma teoria de separação de poderes mitigada pelo princípio do *King in Parliament*.

A teoria liberal na França enfrentava um modelo régio distinto do modelo dos ingleses. Se comparada à Inglaterra, por exemplo, a monarquia francesa poderia ser considerada mais centralizada e autoritária, mas, como adverte Francis Fukuyama, quando comparada a outras monarquias, como a russa, o absolutismo francês seria mais fraco. Prova disso era a incapacidade dos monarcas franceses em dominar as elites que, por terem mais força para opor-se ao poder real, usufruíam de um ônus fiscal mais vantajoso.⁴ Assim, diante dessa realidade do poder da nobreza, os teóricos revolucionários franceses incorporaram intensa aversão a qualquer teoria que enfatizasse direitos ou privilégios inerentes a um grupo ou potência social e rebateram o argumento no qual os Três Estados pudessem, de alguma forma, representar um governo equilibrado. A exemplo da Inglaterra, optaram por uma teoria de supremacia legislativa e pela separação dos poderes, no entanto, escolheram substituir o absolutismo pela soberania popular, concentrando o poder legislativo supremo em um único órgão; para Rousseau, na vontade geral da nação, para Sieyès, nas assembleias constituintes representativas da nação. Em vez de dividir e limitar os poderes legislativos, defenderam a existência de um poder legislativo unitário, indivisível e, para Rousseau, indelegável, impassível de limitação e prévio a qualquer teoria de separação de poderes. É importante dizer, portanto, que quando Sieyès fracionou o poder legislativo em constituinte e constituído, foi para impor limites apenas ao último e não ao primeiro.

⁴ FUKUYAMA, Francis. *As origens da ordem política*, p. 366.

Deste modo, a constituição inglesa, ao imaginar a soberania do Parlamento, propugnou um poder legislativo dividido em sua composição. Todo ato do Parlamento era soberano desde que as três potências sociais, representadas na teoria do estado misto, convergissem para a aprovação do ato, equilibrando qualquer tentativa de tirania. A constituição francesa, focada na igualdade dos cidadãos, projetou um legislativo no qual todos os indivíduos influenciassem igualmente a criação da lei. O poder executivo, para os franceses, não era o poder que estabelecia o contraponto ao legislativo e sim o poder que dava execução, cumprimento a suas determinações. As sessões seguintes esclarecem as bases teóricas desses dois modelos de constitucionalismo, dando especial ênfase à obra de Locke, Montesquieu, Rousseau e Sieyès; para entender o significado do governo equilibrado na Inglaterra e como o equilíbrio entre os poderes seria possível no modelo de supremacia legislativa; bem como, para entender como os franceses conceberam a supremacia constitucional, expressa na vontade da nação, como meio de alcançar o equilíbrio entre os poderes.

1.2 A PROPOSTA DE LOCKE PARA SUPERAR A APARENTE DICOTOMIA ENTRE SUPREMACIA LEGISLATIVA E SEPARAÇÃO DE PODERES

Supremacia legislativa e separação de poderes apresentam-se inicialmente como conceitos excludentes. Qualquer teoria supremacista parece pressupor hierarquia, superioridade ou preeminência de autoridade, ao passo que a teoria de separação de poderes parece pressupor divisão coordenada e não hierárquica entre as funções do Estado. Desta maneira, conceder ao poder legislativo ou a qualquer outro poder autoridade privilegiada em detrimento dos demais afrontaria, *a priori*, o objetivo pelo qual a teoria da separação de poderes foi forjada: evitar a concentração do poder e, com ela, a tirania. Essa visão, todavia, por ser simplista, é errônea. Errônea porque a supremacia legislativa, tal como foi formulada, não outorgou ao Parlamento poder absoluto e irrestrito. Igualmente errônea porque a separação de poderes, tal como foi formulada, não impediu que o poder legislativo pudesse obter um *status* superior em relação aos demais.

Os conceitos de supremacia legislativa e de separação de poderes se desenvolveram na Inglaterra do século XVII em meio à guerra civil, ora utilizados por defensores do Parlamento para se opor às tentativas de tirania do rei, ora utilizados por

defensores da monarquia, para se opor às tentativas de despotismo do Parlamento. Antes disso, vigorava, com certa estabilidade, a crença de que a Inglaterra era um governo misto.

Pode-se afirmar que existe certa conexão entre o governo misto e teoria da separação de poderes. De fato, em certo momento, tentou-se correlacionar o equilíbrio dos elementos monárquico, democrático e aristocrático nos poderes executivo, legislativo e judiciário.⁵ Além disso, o governo misto descrito por Aristóteles⁶ para evitar os desvios da tirania, oligarquia e democracia servia como base de refutação contra as investidas de concentração do poder, tendo sido invocado tanto pelos críticos da monarquia absolutista, como pelos monarquistas em retaliação aos excessos do Parlamento. Entretanto, como observou M. J. C. Vile,⁷ não existe correlação lógica entre governo misto e separação de poderes. O autor explicou que a teoria do governo misto repousa na crença de que os interesses presentes na sociedade deveriam participar de maneira conjunta das funções do Estado, a fim de evitar que a vontade de um se sobrepusesse às demais. Nesse sentido, a teoria da separação de poderes, por prescindir da representação de classes sociais (sobretudo da presença do rei, como ocorreu durante o *Long Parliament* e o protetorado de Cromwell), serviu como concepção adversária à ideia de governo misto.

Por outro lado, a mesma teoria da separação de poderes empregada como crítica à monarquia absolutista acabou sendo utilizada contra o Parlamento. De fato, explicou Vile,⁸ durante o *Long Parliament*, a Inglaterra presenciou problemas que superavam o enfrentamento entre o rei e o Parlamento, sendo sérias e profundas as divisões partidárias que existiam entre os presbiterianos, os independentes e os *levellers*. Constatando a ameaça de um grupo sobre outras facções, muitos pensadores, como John Milton, antes defensores do Parlamento, passaram a denunciar o risco de o Parlamento tornar-se tão tirânico quanto o rei, instituindo inúmeros comitês, confiscando propriedades e concedendo tratamento injusto. Para Nuno Piçarra, o uso sistemático do *impeachment* por parte do *Long Parliament* veio a ser uma das razões principais de a oposição exigir, veementemente, a separação de

⁵ Geralmente, a expressão do governo misto é imputada a Políbio, que via os componentes monárquicos, aristocráticos e democráticos representados pelo Consulado, Senado e povo. Na Inglaterra, o governo misto era representado pelo Rei, Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns.

⁶ ARISTÓTELES. *Política*, Livro III, cap. V. Aristóteles conceituava a tirania como o governo despótico de um só, a oligarquia como o predomínio político dos ricos e a demagogia como o predomínio dos pobres com exclusão dos ricos.

⁷ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 36.

⁸ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 48.

poderes para pôr fim à tirania do Parlamento, tido como mais violenta que a monarquia absolutista.⁹

A desconfiança presente em um governo do parlamento que congregasse as funções executivas e legislativas pode ser exemplificada no documento atribuído aos *levellers*, sobretudo a John Lilburne, intitulado *An Agreement of the Free People of England*, de 1649. Apesar de afirmar a supremacia do Parlamento, especialmente da Câmara dos Comuns, previa várias passagens limitando o Parlamento e exigindo a observância de diversos direitos individuais, como a liberdade religiosa, a liberdade de consciência ou a vedação de confissões e juramentos forçados, antes transgredidos pelo rei. Diz o documento, ainda, que os representantes ou as cortes não foram empossados no direito de julgar qualquer pessoa sem a existência de lei anterior: “*Where there is no Law, there is no transgression*”. Finaliza com uma lista de determinações (*That it shall not be in their power to continue or make any Law*) que restringem o poder do Parlamento de aprovar leis que obriguem uma pessoa a se autoincriminar, a decretar a pena de morte (exceto em determinados crimes) ou a privar o réu da prova testemunhal, dentre outras garantias.

Lilburne também afirmava que a Câmara Mista nunca teve o poder de executar as leis, apenas de fazê-las, de modo que, se o Parlamento poderia organizar tribunais, seus juízes deveriam ser compostos por pessoas alheias à sua câmara. É neste sentido que, para Vile, um dos elementos mais importantes da experiência do *Long Parliament* foi entender que, além das leis serem criadas de forma genérica, o corpo legislativo deveria ser condicionado a promulgar leis sem interferir em casos ou assuntos particulares.¹⁰

Do exposto, é possível concluir que as experiências da guerra civil, do protetorado de Cromwell e da posterior Revolução Gloriosa, fizeram com que os ingleses, no século XVII, já possuíssem uma sofisticada teoria de separação das funções do Estado, cujo exercício deveria ser realizado por distintas pessoas (uma com poder de julgar segundo as leis, outra com autoridade para criá-las), ainda que não se apresentasse como uma separação total, devido ao conceito do *king in Parliament*.¹¹ Para Nuno Piçarra, esse era, sobretudo, um postulado do *rule of law*, em que as leis não poderiam ser feitas por quem, simultaneamente, tivesse poder para aplicá-las, instituindo um importante princípio de

⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 48.

¹⁰ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 48.

¹¹ A moderação entre as funções não advinha da faculdade de dar ao legislativo poder de executar ou ao executivo poder de legislar, mas de admitir um poder negativo, um poder de veto.

imparcialidade. Foi a atuação igualmente arbitrária da Câmara dos Comuns que levou a maioria dos ingleses à conclusão de que era necessário reintroduzir um mecanismo de controle sobre a atuação dos representantes, à semelhança do esquema constitucional da monarquia mista.¹²

Com isso, a restauração da monarquia após o protetorado, mais do que impedir a superação do conceito de governo misto no constitucionalismo inglês, serviu como meio de contenção da tirania e da concentração do poder no Parlamento. Nem mesmo o reconhecimento da supremacia legislativa na Inglaterra, expressa pela Revolução Gloriosa, implicou o reconhecimento do poder legislativo em executar suas próprias leis. Mais ainda: não significou sequer que o Parlamento estaria autorizado a legislar da maneira que lhe aprouvesse (visto as limitações suscitadas por direitos historicamente protegidos pelo *common law*), cabendo-lhe legislar de forma genérica e imparcial. Daí a explicação de Vile sobre o significado da supremacia parlamentar inglesa e de sua coexistência com a teoria da separação dos poderes e com o Estado misto:

En Inglaterra, la aceptación de que existía una sola fuente de poder soberano llevó al concepto de supremacía parlamentaria. No obstante, esto nunca significó – con la excepción del período del *Long Parliament* – que el *elemento representativo* del parlamento tuviera un poder sin restricciones para ocuparse de todas las tareas de gobierno. La supremacía parlamentaria no era lo mismo que el *gouvernement d’assemblée*, ya que el concepto de *King in Parliament* siempre ha estado compuesto por varios elementos diferenciados, con poderes autónomos. De hecho, incluso hoy en día existe un aspecto en el que podemos detectar la pervivencia del espíritu del «Estado mixto» en el sistema británico: se trata de la posición autónoma que tiene el Gobierno respecto a los representantes electos del pueblo o los partidos políticos.¹³

Horst Dippel¹⁴ explica que a teoria jurídica inglesa, ao adotar a supremacia parlamentar, pode não ter seguido autores como Edward Coke, que buscavam limitar o poder do legislador com base em princípios fundamentais extraídos do *common Law*. Contudo, desde o século XVIII, se destacou um princípio poderoso de limitação da soberania do Parlamento - o *rule of law*. Albert Venn Dicey esclareceu melhor a relação entre supremacia e *rule of law*, definido o último como a segurança que a constituição inglesa concede aos direitos individuais.¹⁵ O *rule of law* é uma característica das instituições da Inglaterra presente, desde a conquista normanda, expressa na máxima: “A lei é a mais alta

¹² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, pp. 50 e 56.

¹³ Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 48.

¹⁴ DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*, pp. 73-74.

¹⁵ “Security given under the English constitution to the rights of individuals”. Cf. DICEY, Albert V. *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 176.

herança que um rei pode ter, pois, por meio da lei, o próprio rei e todos os seus súditos são governados, e se não há lei, nem rei, nem herança há de haver".¹⁶ Para Dicey, a supremacia parlamentar e o *rule of law* podem parecer conceitos contrapostos ou de forças que se contrabalançam, mas essa oposição é apenas ilusória. A supremacia do Parlamento inglês difere de outras formas de poder soberano por dois motivos; o primeiro é que a vontade do parlamento só se expressa por meio de um "ato do parlamento" (*Act of Parliament*), um juiz inglês não considerará o texto originário ou o que foi discutido no parlamento, mas aquilo que foi aprovado pelas três partes que compõem o parlamento: a Câmara dos Lordes, a Câmara dos Comuns e o Rei; o segundo é que, exceto em períodos de revolução, o Parlamento inglês nunca exerceu diretamente o poder executivo ou indicou os oficiais do poder executivo. A discricionariedade executiva, mesmo quando exercida em situações de exceção, exigiu aprovação do Parlamento e pode ser prevenida pelas cortes. Ainda, os poderes conferidos por uma lei nunca eram realmente ilimitados, já que sofriam limitação pelas palavras da própria norma e se sujeitavam à interpretação judicial. Deste modo, apesar de o Parlamento ser o supremo legislador, do instante em que ele exprime sua vontade (*Act of Parliament*), os juízes podem construir exceções estatutárias e, diferente de países como a França, onde tradições administrativas da monarquia despótica restringiram a autoridade e influenciaram o comportamento dos juízes, na Inglaterra, foram as noções judiciais que influenciaram o comportamento do governo executivo, de maneira que a soberania parlamentar favoreceu não apenas o *rule of law*, como o *rule of law* também aumentou a autoridade do Parlamento e a *supremacy of the law of the land*.¹⁷

A ideia central do *rule of law*, na perspectiva de Dippel,¹⁸ concebia a proteção dos direitos e liberdades individuais assegurados pela constituição inglesa contra a indevida interferência estatal. Porém, a confiança de que o poder precisava ser reprimido para proteger a liberdade de seus cidadãos também decorria de uma nova representação liberal da teoria da separação de poderes, consagrada por Montesquieu e Locke.

A teoria de governo de John Locke é uma obra emblemática não apenas por abordar os conceitos relativos à separação de poderes e supremacia parlamentar na

¹⁶ "La ley est le plus haute inheritance, que le roy ad; car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi, et nul inheritance sera". Cf. DICEY, Albert V. *Introduction to the study of the law of the constitution*, pp. 175-176.

¹⁷ DICEY, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, pp. 336-343.

¹⁸ DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo moderno*, pp. 73-75.

Inglaterra do final do século XVII, mas devido à projeção de sua ideia como marco do constitucionalismo equilibrado que imporia limitações ao legislativo e concederia ao judiciário, e não ao executivo, o protagonismo desta tarefa. Ainda que esse caminho tenha sido trilhado bem mais tarde, algumas passagens nas obras de Locke e Montesquieu constituíram o alicerce de uma teoria de separação de funções que serviria tanto para afirmar a supremacia legislativa como para limitá-la.

No segundo Tratado sobre o Governo, John Locke¹⁹ defendeu a existência de uma condição anterior ao governo civil, denominado estado de natureza, cuja regência decorre das leis da natureza (razão e equidade) concedidas por Deus a todos os homens. Todo homem pode executar a lei da natureza e punir seus transgressores. O homem, porém, como reconheceu Locke, pode ser falho em seus julgamentos, podendo ser influenciado pela parcialidade, ódio, amor próprio, vingança, impondo penas indevidas. A sociedade civil, neste contexto, substitui o juízo particular pelo juízo do corpo político e é necessária para contornar os males causados pela ausência de uma autoridade no estado de natureza, tanto como para evitar que se instaure um estado de guerra, caracterizado pela força sem uma autoridade.²⁰ A sociedade civil é então definida como “aqueles que estão unidos em um corpo único e têm uma lei estabelecida comum e uma judicatura à qual apelar, com autoridade para decidir sobre as controvérsias entre eles e punir os infratores”.²¹ A sociedade civil cria uma autoridade notória que serve para evitar e solucionar os problemas do estado de natureza (cada um é juiz de si), em que todo membro pode apelar e em que todo membro deve obedecer. Essa autoridade, antes inexistente no estado de natureza, é o poder legislativo ou os magistrados por ele nomeados e é nela que reside um dos pontos mais debatidos da teoria lockeana.

John Ralws, por exemplo, creditou a Locke a distinção entre poder constituinte do povo na criação de um novo regime e poder ordinário das autoridades do governo e do eleitorado, para defender junto a outros autores, como Bruce Ackerman, uma defesa dualista da constituição e da Suprema Corte (embora chegue a uma conclusão diferente de Locke, ao rejeitar a supremacia parlamentar e creditar a defesa da constituição à Suprema

¹⁹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo II, §§8-13.

²⁰ A guerra ocorre diante da sobreposição de uma pessoa sobre a outra pela força, em razão da inexistência de uma autoridade superior.

²¹ *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VII, §§87-88.

Corte).²² Jeremy Waldron²³ abordou esta distinção entre Rawls e Locke afirmando que a teoria de justiça rawlsiana sujeita as decisões legislativas à restrição constitucional e à revisão judicial, enquanto que, para Locke, não. Em uma leitura bem distinta de Rawls, Waldron crê que o filósofo dos direitos naturais, da legislatura limitada e do constitucionalismo liberal defende a supremacia da legislatura e não sujeita esta a nenhum outro corpo, excluindo, portanto, a revisão judicial. Para Waldron, Locke não pensou em um meio institucional de restrição da legislatura ao valer-se do direito natural.

Para compreender essa problemática e a maneira pela qual a teoria de Locke tem levado a distintas conclusões sobre os limites funcionais dos poderes (sobretudo no que tange à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade ou da supremacia legislativa), três pontos precisam ser aprofundados: 1) o significado do consentimento para John Locke e o reconhecimento de dois níveis constituintes; 2) como Locke estrutura a separação de poderes e a função legislativa; e 3) o papel que teria o direito natural na legislatura.

1.2.1 O consentimento constituinte

A defesa de dois níveis de poder constituinte e a noção da legislatura limitada poderiam ser, inicialmente, defendidas a partir da teoria do consentimento de Locke. Há, em sua obra, dois momentos em que os homens consentem: um consentimento constituinte e outro consentimento majoritário. Em seu tratado, Locke afirma que a liberdade do homem em sociedade consiste em não se submeter a um poder legislativo, salvo “àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgarem o legislativo, segundo o encargo a este confiado”.²⁴ Uma pessoa, entende ele, só pode ser privada da liberdade natural e colocada sob o poder político de outrem com o seu próprio consentimento. Nesse aspecto, Rousseau também concordará com Locke ao afirmar que existe uma única lei que, por sua natureza, exige consentimento unânime – o pacto social.²⁵ Assim, um número qualquer de homens consentiu em formar uma comunidade ou governo compondo um

²² RAWLS, John. *Liberalismo político*, pp. 281-284.

²³ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, pp. 77-78.

²⁴ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo IV, §22.

²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Livro IV, Capítulo II.

único corpo político no qual a maioria age e delibera pelos demais, nisso residindo a origem de qualquer governo legítimo no mundo.²⁶

Pois quando um número qualquer de homens formou, *pelo consentimento de cada indivíduo*, uma comunidade, fizeram eles de tal comunidade, dessa forma, um corpo único, com poder de agir como um corpo único, o que se dá apenas pela vontade e determinação da maioria. Pois sendo aquilo que leva qualquer comunidade a agir apenas o consentimento de seus indivíduos, e sendo necessário àquilo que é um corpo mover-se numa certa direção, é necessário que esse corpo se mova na direção determinada pela *força predominante, que é o consentimento da maioria*, do contrário, torna-se impossível que aja ou se mantenha como um corpo único, como uma comunidade única, tal como concordaram devesse ser os indivíduos que nela se uniram – de modo que *todos estão obrigados por esse consentimento a decidir pela maioria*. E, portanto, vemos que, nas assembleias que têm poder para agir segundo leis positivas em que nenhum número é fixado por essa lei positiva que lhes confere o poder, o ato da maioria passa por ato do todo e, é claro, determina, pela lei da natureza e da razão, o que é o poder do corpo inteiro. (grifo nosso)²⁷

Pela obra, é possível observar que o critério de decisão majoritária é dado pela natureza e pela razão, servindo para direcionar o corpo político. Quem consente em viver em sociedade consente em acatar a decisão majoritária de forma que a decisão da maioria é uma expressão do ato do todo, sendo impossível se exigir a unanimidade.²⁸

O próprio Locke formulou duas objeções à sua proposta. Primeiramente, o consentimento de homens livres nunca teria ocorrido na história; segundo, ao nascerem submetidos a um governo, não seria dada aos homens a liberdade de fundar um novo governo. Locke explicou que os primeiros governos que foram estabelecidos com paz tiveram como base o consentimento, ainda que nem todos tenham surgido dessa forma. Um ponto interessante é que Locke discorda da premissa de que o consentimento das pessoas é dado por um só (de modo que este pudesse se tornar o árbitro ou o monarca). Quando os israelitas, por exemplo, escolhiam o pai ou outra pessoa como seu líder e árbitro, o faziam devido à virtude, experiência ou confiança. Isto é, eles confiavam em uma pessoa para guiá-los, mas isso não significava que esta pessoa tivesse direito divino a isso ou que o poder do pai fosse o fundamento do governo.²⁹ Em relação à segunda objeção, Locke explicou que se todo homem nascesse submetido a um governo, na terra só poderia existir uma única monarquia legítima. Portanto, mesmo que nascido sob o domínio de outrem, ao homem é

²⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VIII, §§95.

²⁷ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VIII, §96.

²⁸ Se assim não fosse, a sociedade civil só serviria para fazer com que as pessoas entrassem e, em seguida, dela saíssem, já que nem todos estão presentes em assembleias públicas ou concordam entre si (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VIII, §98).

²⁹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VIII, §112.

dado o direito de tornar-se governante ou súdito de um governo distinto e separado. Tampouco a renúncia à liberdade natural dos pais retira de seus filhos essa liberdade de modo que “filho nenhum nasce súdito de país ou governo algum”.³⁰

Locke ainda detalhou que o homem pode consentir expressamente ou tacitamente. De forma expressa, o indivíduo ingressa inequivocamente numa sociedade, tornando-se súdito do governo, de forma tácita, seu consentimento é verificado quando o homem possui ou usufrui dos domínios ofertados por um governo. Uma pessoa não pode pretender usufruir dos benefícios, proteção, herança ou segurança assegurados pelas leis de um governo e, ao mesmo tempo, pretender-se dela se isentar, sob pena de estar em franca contradição. Há, porém, uma distinção importante entre o consentimento expresso e tácito. No consentimento tácito, a submissão ao governo se encerra com o término do usufruto, pois o governo tem jurisdição direta apenas sobre a terra, alcançando o seu proprietário.³¹ Ao dela se separar, o homem é livre para incorporar-se a outra sociedade ou iniciar uma nova em um local livre e desocupado do mundo. Já no consentimento expresso, seu vínculo é perpétuo e indissolúvel, salvo se por uma calamidade o governo vier a ser dissolvido ou um decreto o impeça de ser dele membro, de modo que nada pode fazer com que um homem seja membro de uma sociedade política, a não ser por um compromisso positivo, promessa ou pactos expressos.³²

Portanto, sendo um autor liberal, Locke acreditava que um governo legítimo só pode ser instituído em um primeiro momento com o consentimento positivo (tácito ou expresso) de cada homem, criando um corpo político que age de acordo com a regra majoritária (cada um consente em obedecer à decisão da maioria). Esse corpo político é orientado a operar em defesa da conservação do próprio homem e institui o poder legislativo como a primeira lei positiva e fundamental.

Do exposto, uma conclusão possível seria defender que o consentimento constituinte, por ser prévio e efetivo, legitimaria e limitaria as decisões majoritárias tomadas pelo corpo político. Porém, pontos obscuros na teoria de Locke admitiriam questionamentos sobre essa premissa. Conforme observou Frederick Pollock, a dispensa da unanimidade não foi empregada no momento da formação do corpo político (sociedade), que presume o

³⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VIII, §118.

³¹ Para Locke, os estrangeiros que usufruem da proteção de determinado governo não se tornam membros dessa sociedade. Cf. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VIII, §122.

³² LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VIII, §122.

consenso real e exige que o indivíduo discordante siga seu caminho e se estabeleça em outro lugar, dando a entender que a comunidade tem o direito de exigir sua partida. Além disso, critica o autor, para Locke, quando um novo membro nasce, ele pode ou não aceitar o governo estabelecido, exercendo sua escolha quando tiver idade de discernimento. Todavia, com as doutrinas supervenientes de nacionalidade, esse pensamento não poderia ser aceito por nenhum jurista moderno³³.

Locke sabia que a exigência de um consenso expresso de todos os homens implicaria considerar todos os governos ilegítimos, uma vez que a desobrigação moral e a desobediência civil a esse governo levariam à anarquia. Para contornar esse problema e sabendo que quase ninguém consente ou nega expressamente um governo, Locke formulou o consentimento tácito, dado pelo súdito que tem posse ou usufrui dos domínios do governo, ainda que transitoriamente. Essa passagem é especialmente confusa porque Locke reconheceu como dado consentimento tácito ao proprietário, enquanto durar sua posse ou propriedade, mas disse que viver e usufruir dos privilégios de um país não faz de um homem membro do corpo político, distinguindo, assim, os estrangeiros dos súditos em função da inexistência de um *compromisso positivo*.³⁴

Existiria espaço para um consentimento positivo que também fosse real e tácito na teoria de Locke? Trata-se de problema clássico da teoria política indagar se o consentimento precisa ser deliberado ou se basta existir a voluntária aquiescência, como quer John Dunn.³⁵ Os seguidores do contratualismo lockeano acreditam que há comportamentos ou condutas putativas que manifestam tacitamente a aceitação a um governo, como dar a vida pela pátria ou não se rebelar. Em relação a esse último, Stephen Holmes narrou um debate entre James Madison e Thomas Jefferson, acerca da proposta de Jefferson para realizar a cada vinte anos uma consulta constitucional que renovasse o consentimento do povo sobre o governo. Para Madison, a medida de Jefferson introduziria uma histeria nervosa e diminuiria a influência dos cidadãos sobre a direção da política pública, em substituição, oferecia a opção de Locke, entendendo que o consentimento do povo era dado por não se rebelar

³³ POLLOCK, Frederick. *Locke's theory of the State*, p. 244. Essa mesma solução do desterro também parece que solucionaria o problema para Rousseau: "Todo homem, tendo nascido livre e senhor de si mesmo, ninguém pode, a nenhum pretexto imaginável, sujeitá-lo sem o seu consentimento. (...) Se, quando surge o pacto social, aparecem, pois opositores, sua oposição não invalida o contrato, apenas impede que se compreendam nele: são estrangeiros entre os cidadãos". Cf. Rousseau, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Livro IV, Capítulo II.

³⁴ Porém, a definição não é clara para definir o *status* de estrangeiros proprietários, por exemplo. Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VIII, §§119-122.

³⁵ DUNN, John. *Political thought of John locke*, pp. 120 e ss.

contra o governo existente: “resignação não era sinal de consentimento, mas quando os cidadãos não invocavam seu direito de emenda e de derrogação, ainda que pudessem facilmente fazê-lo e sem temor a um castigo, estavam aceitando implicitamente o marco legal”.³⁶ Stephen Holmes, tal como Madison, utilizou o consentimento tácito para sujeitar as gerações futuras aos compromissos assumidos pelas gerações passadas. Todavia, a dificuldade de colocar o consentimento na conduta em vez da palavra repousa em saber o que realmente provoca a aquiescência voluntária, podendo ser ela uma expressão de concordância, mas também de medo e opressão. Ao comentar a obra de Chesterman, Jason Grant Allen³⁷ advertiu que, sem uma análise real da aquiescência, o consentimento tácito não pode ser garantia de proteção individual contra um governo. Antes disso, em diversas arenas, como tratamento médico, contratos financeiros, relações sexuais, o consentimento tácito não é aceito e mesmo práticas patrióticas que poderiam ser interpretadas como manifestações de apoio ao governo, como o juramento à bandeira, podem ser frutos de atos cogentes. Para Allen, a relação entre governo e governados é caracterizada pela assimetria de informações, poder, institucionalização, vulnerabilidade, discricção, coerção e nenhum contrato social pode mudar este fato.

O problema do consentimento constituinte, contudo, não se cinge apenas aos questionamentos relativos à sua verificação empírica, mas especialmente ao seu conteúdo. Essa distinta perspectiva levou Hanna Pitkin³⁸ a dizer que o teor básico de um governo em Locke não é estabelecido formalmente pelo consentimento, mas por um conteúdo definido pelo direito natural. Pela teoria do consentimento, para um governo ser legítimo seria suficiente que se encontrasse a assinatura da constituição original. Porém, para Pitkin, a forma e conteúdo dos poderes em Locke são determinados pelo direito natural, fazendo com que a qualidade desse governo importe mais que o consentimento a ele dado. Dessa maneira, não há anuência do súdito em uma tirania apenas por este andar pelas ruas ou herdar propriedades dentro de um país. Contudo, mesmo a perspectiva do consentimento a partir de seu conteúdo, como quer Pitkin, também é questionada em termos que extrapolam as controvérsias democráticas sobre a legitimidade do uso do direito natural

³⁶ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, p. 242.

³⁷ ALLEN, Jason Grant. *One Nation Under Surveillance: A New Social Contract to Defend Freedom Without Sacrificing Liberty* by Simon Chesterman. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/JLawInfoSci/2011/10.html>. Acesso em: 25 jun. 2015.

³⁸ PITKIN, Hanna. *Obligation and consent*, pp. 990-999.

como base do governo. A discussão, esboçada há várias décadas por Pollock,³⁹ observa que, ao consentir com o governo civil, o súdito de Locke consente também com o critério majoritário de decisão do corpo político. Porém, o único argumento ofertado por Locke para justificar sua escolha foi a necessidade, ainda que nas sociedades arcaicas a superação da exigência da unanimidade fosse realizada por vários métodos, incluindo a força ou a ficção.

Críticas como a de Pollock fazem indagar até que ponto as escolhas que Locke credita à natureza e à razão, de fato, integrariam o conjunto de liberdades e poderes objetos de consentimento, podendo aí também incluir a noção do legislativo como autoridade suprema. Com isso, se quer concluir que não apenas os problemas pertinentes à verificação empírica do consentimento aparecem como um óbice para pressupor uma hierarquia entre o consentimento constituinte e o consentimento majoritário, como também a pressuposição de que o consentimento majoritário seria parte integrante do consentimento constituinte.

No que tange à qualidade do governo, a questão levantada por Pitkin ainda poderia ser reformulada de modo a indagar se Locke admitiria um governo tirânico como legítimo se todas as pessoas com ele consentissem. A resposta parece ser negativa. Diferentemente de Hobbes, Locke defende que, no estado de natureza todos têm o poder executivo da lei da natureza e por todos o terem, a parcialidade, o amor próprio ou a vingança deturpam a punição dos demais e fazem de cada homem juiz em causa própria. Institui, então, Locke, uma autoridade (até então inexistente) apta a remediar as inconveniências do estado de natureza denominada de legislativo (ou os magistrados por ele nomeados), cujo encargo consiste em elaborar leis em nome dos indivíduos e exigir seu cumprimento como se tivessem sido criadas pelos mesmos.⁴⁰ Esse é outro ponto crucial da teoria de Locke que o distingue de Hobbes: a monarquia absoluta, que Locke vê como tirânica, não é compatível com a sociedade civil, porque o príncipe absoluto está no estado de natureza (cada um é juiz de si). Para Locke, a tirania do governante absoluto é evitada quando ninguém se exime de obedecer às leis aprovadas pelo legislativo, depositada em um corpo coletivo de homens, chamado Senado ou Parlamento, fazendo com que sua autoridade sujeite a todos, inclusive seus integrantes.

O problema, aqui, reside em entender como Locke estrutura a supremacia do legislativo ao mesmo tempo em que tenta evitar o governo tirânico; sua solução repousa em

³⁹ POLLOCK, Frederick. *Locke's theory of the State*, p. 244.

⁴⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VII, §89.

uma sofisticada explicação sobre as funções do Estado, sobretudo a de um legislativo concebido para criar e se submeter às suas próprias leis, concebido para ser supremo sem ser arbitrário, de modo a imaginar um poder superior aos demais que, todavia, não cede aos vícios da monarquia absolutista.

1.2.2 A separação de poderes e função legislativa

No segundo Tratado sobre o Governo, Locke discriminou quatro poderes da sociedade política⁴¹: o poder legislativo, executivo, federativo e a prerrogativa⁴². O poder executivo é responsável pela execução das leis, que, por serem constantes e permanecerem vigentes, exigem também um poder permanente. O poder federativo é preferencialmente e comumente titularizado por quem detém o poder executivo, contudo ambos não se confundem. De acordo com Locke,⁴³ como a sociedade política é um corpo único em estado de natureza em relação a outras pessoas que não pertencem a esta sociedade, compete ao poder federativo o poder de guerra e paz, promover alianças ou transacionar. Assim, o poder executivo compreende a execução das leis municipais da sociedade dentro de seus limites, enquanto o federativo trata da gestão da segurança e interesse público externo.

A prerrogativa é o poder de “agir conforme a discricção em prol do bem público, sem a prescrição da lei e por vezes até contra ela”.⁴⁴ É uma liberdade de ação para deliberar a seu critério sobre questão não prevista em lei, atenuar sua severidade, perdoar, devendo ser utilizado dentro do benefício da comunidade e dos fins do governo.⁴⁵ A prerrogativa não pode ser exercida com excessos, nem com frequência e é empregada visando ao bem comum e à conservação. Para Locke, a história da Inglaterra ensina que, quanto melhor o

⁴¹ O poder político não se confunde com o paterno, que é um governo natural. O poder político é titularizado por todo homem no estado de natureza, que passa às mãos da sociedade e depois aos governantes para ser usado para o bem e preservação de suas propriedades. Assim, não pode ser arbitrário ou absoluto, tendo sua origem no pacto, no consentimento mútuo daqueles que formam a sociedade política. O poder despótico, em contrapartida, é aquele absoluto e arbitrário que um homem tem sobre outro para tirar-lhe a vida quando quiser. Ocorre quando os homens não têm propriedade alguma. Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XV, §172.

⁴² Ainda que a prerrogativa possa ser compreendida como uma qualidade do poder executivo e não um poder autônomo, Locke parece demonstrar que o governante, ao invocar a prerrogativa, possui um poder distinto daquele típico da execução de leis vigentes.

⁴³ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XII, §146.

⁴⁴ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XIV, §160.

⁴⁵ “A prerrogativa não é senão o poder de fazer o bem público independentemente de regras”. Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XIV, §166.

príncipe, mais prerrogativa ele gozava, daí a frase “os reinos dos bons príncipes sempre foram os mais perigosos para as liberdades de seu povo”.⁴⁶

John Dunn explicou o conceito de prerrogativa de Locke definindo-o como o poder de execução imputável por uma necessidade sociológica, diante da incapacidade do legislativo em solucionar completamente as complexidades sociais ou exercido para assegurar o fim da própria política.⁴⁷ Ele o via como um poder residual, cuja extensão seria determinada pelo contrato original, entretanto, para Dunn, era discutível os limites de seu exercício. Os monarquias entendiam que o poder de prerrogativa só poderia ser julgado pelo próprio monarca, os *Whigs* defendiam que o Parlamento deveria julgar o exercício da prerrogativa real, mas, para Dunn, a prerrogativa seria uma daquelas circunstâncias na teoria de Locke onde não haveria resolução completa, fazendo que o critério final repousasse, em último caso, no consenso dos indivíduos.⁴⁸

Existem algumas circunstâncias descritas por Locke que justificariam ao governante fazer uso da prerrogativa. A primeira situação decorre da incapacidade dos legisladores em preverem e providenciarem todas as questões da comunidade por meio da lei. Nesse caso, até que o poder legislativo seja reunido para deliberar sobre o assunto (sendo prerrogativa do monarca a convocação do parlamento), a lei comum da natureza concede a prerrogativa ao executor para agir pelo bem da sociedade. A segunda situação, entretanto, não se resume à constatação de uma lacuna legislativa, mas de um verdadeiro mecanismo corretivo do Parlamento.

M. J. C. Vile⁴⁹ entende que o veto na teoria lockeana concedia ao rei um papel essencialmente negativo. A coordenação entre o executivo e legislativo imporia a inclusão do rei no poder legislativo (*King in Parliament*), dando-lhe a faculdade de concordar ou não com as leis a que deveria se submeter e o colocando em condições de se contrapor às câmaras parlamentares. Todavia, além do veto, o poder de prerrogativa retirava a pureza da separação de poderes e a substituíria por uma teoria equilibrada, de separação parcial de funções. Com isso, o poder de prerrogativa do monarca também cumpriria um aspecto corretivo da legislação, isto é, ao invocar o *salus populi suprema Lex*⁵⁰ (a salvação do povo é

⁴⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XIV, §166.

⁴⁷ DUNN, John. *The political thought of John Locke*, pp. 148-150.

⁴⁸ DUNN, John. *The political thought of John Locke*, pp. 151-155.

⁴⁹ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, pp. 73-74.

⁵⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XIII, §158.

a suprema lei), ao invés de mudar o estado presente, o poder de prerrogativa, na realidade, estaria preservando e restaurando as bases fundamentais e originais do governo, transformando esse ato em um ato da sociedade.

Uma conclusão possível, a partir dessa assunção, seria reconhecer a existência de um ato fundamental (seja denominado de constituinte ou legislativo) tão importante e justo que orientaria e subordinaria todos os poderes, inclusive o poder legislativo e o poder de prerrogativa, concedendo ao monarca a autoridade de se sobrepor a legislações contrárias ao *salus populi suprema Lex*. Partindo dessa compreensão, Holmes concluiu que Locke desejava que os legisladores não fossem juízes de si mesmos, agindo em causa própria. Assim como o rei, outros ramos não eleitos, como um tribunal, poderiam *corrigir* uma assembleia eleita, parecendo-lhe imprudente designar o poder de remediar brutas distorções às mesmas pessoas que as criaram,⁵¹ o que geraria um claro problema de parcialidade do juízo.

O problema dessa conclusão é que John Locke,⁵² em diversos momentos de sua obra, afirmou que o poder legislativo é o poder supremo, não permitindo que um poder inferior possa regular o superior. Para superar essa controvérsia na teoria de Locke, é preciso discutir como as bases fundamentais de um governo limitariam o poder legislativo sem comprometer sua supremacia ou como essas bases originais do governo interagiriam com a legislatura parlamentar.

1.2.3 O papel do direito natural na legislatura de Locke

Frederick Pollock⁵³ explicou que, na época de John Locke, havia três teorias diferentes sobre o poder supremo na Inglaterra. A primeira, de acordo com os ultrarrealistas e Thomas Hobbes, defendia que o rei era absoluto. A segunda, a do Parlamento ou do *King in Parliament*, era a mais aceita e compatível com a prática do reinado dos Tudors, admitida por Blackstone, por Sir Thomas Smith e pelos advogados ingleses. A terceira, prevalecente entre estudantes do *Common Law* no início do século XVII, defendia existir limites

⁵¹ Nesse sentido, as razões que permitiriam que o monarca pudesse corrigir a legislação seriam as mesmas que permitiriam o direito de correção das cortes. Cf. HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, p. 253.

⁵² LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XI, §§134-142.1.

⁵³ POLLOCK, Frederick. *Locke's Theory of State*, p. 237.

estabelecidos pela justiça natural inclusive para o que o *King in Parliament* poderia fazer, com isso, os juízes deveriam desrespeitar um ato do Parlamento se fosse manifestamente contrário à justiça natural ou se subvertesse as bases da fundação constitucional, como abolir a Coroa ou a Câmara dos Comuns. Pollock acredita que a obra de Locke é uma versão menos técnica da terceira teoria, embora tenha prevalecido a segunda.

Jeremy Waldron, não obstante, discorda dessa leitura da teoria política de Locke e do papel do direito natural como limite ao poder legislativo. Para Waldron, o direito natural não estava claro o suficiente ou colocado em uma redoma de vidro, antes disso, era papel da legislatura humana complementar as leis da natureza. Essa função não se restringiria a questões cotidianas ordinárias como determinar o lado da rua em que o motorista deveria dirigir, mas abrangeria decisões essenciais da comunidade. A legislatura tornaria o direito natural mais determinado, dando-lhe especificidade e aplicando penalidades aos seus infratores: “a função da legislatura é fixar mais precisamente as regras e as distribuições que já existem de forma tosca no direito e no estado de natureza”.⁵⁴ Se no estado de natureza as transgressões são praticadas pela vítima ou vigilante, na sociedade civil, essa tarefa é coletivizada e atribuída à legislatura.

De acordo com Waldron, Locke sabia que o direito natural não estava claro em livros a serem consultados pelos legisladores para ver o que precisava ser complementado, mas, ainda assim, colocava-se como uma regra eterna para todos os homens, incluindo os legisladores.⁵⁵ Mesmo durante o estado de natureza, sendo seres racionais, os homens poderiam pensar e discutir questões sobre o direito natural, apesar de essa discussão não gerar, para os legisladores, respostas corretas naturais a esses problemas, ou seja, o estado de natureza não gerava respostas corretas para a legislatura, de forma que, ao se reunir em assembleia, a legislatura desenvolveria um raciocínio jusnaturalista que definiria o escopo de sua limitação *ex ante*.⁵⁶

Waldron, inclusive, acredita que essa é uma das maiores diferenças entre a legislatura de Rawls e Locke. Para Rawls, os legisladores já estão previamente comprometidos com os dois princípios de justiça (o equivalente ao direito natural de Locke). A legislatura, para Rawls, não é um lugar em que os legisladores possam discordar

⁵⁴ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da legislação*, p. 81.

⁵⁵ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da legislação*, pp. 83-84.

⁵⁶ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da legislação*, p. 85.

fundamentalmente quanto à justiça, porque isso foi solucionado em uma etapa anterior. Ao estabelecer quatro etapas (1. escolha dos princípios de justiça na posição original; 2. estruturação de uma constituição justa - que traduz arranjos sociais eficazes e justos; 3. escolha da legislação pelos representantes - que devem aplicar os princípios da primeira etapa em conformidade com a constituição estruturada na segunda; e 4. aplicação das regras a casos específicos por administradores e juízes), todo o trabalho fundamental já é definido no primeiro momento, de forma que os legisladores não deliberam sobre os elementos fundamentais da justiça. Sua tarefa é apenas aplicar os resultados na forma de políticas estatutárias determinadas.⁵⁷

Rawls afirmou que, ao se elaborar uma legislatura ou desenvolver uma concepção de direito constitucional, pode-se recorrer a considerações de todas as quatro etapas indiscriminadamente. Mas Waldron disse que isso não é verdade. Para Waldron, o problema não é que as etapas estejam na ordem errada, mas que essa sequência “não permite *absolutamente nenhum lugar* para a deliberação entre as pessoas que discordam quanto à justiça”.⁵⁸ Porém, qual seria o papel da discordância da proposição original na teoria de Locke? Waldron disse que esse ponto não está claro. Se, durante uma discussão no estado de natureza, cada indivíduo raciocinasse acerca do direito natural, chegariam eles à mesma conclusão? Se a resposta é positiva, então existe consenso na legislatura de Locke, se não, deveria haver espaço para discordância deliberativa quando os representantes se reunissem em assembleia para fazer juntos o seu pensamento do direito natural.

Ainda que Waldron defenda a segunda alternativa, em certos momentos do Tratado, como o próprio Waldron constatou, John Locke defendeu ser possível uma visão consensual sobre o direito natural, ao dizer:

embora esteja além de meu presente propósito entrar aqui em detalhes sobre a lei da natureza ou suas medidas de punição, é certo que esta lei existe, **absolutamente inteligível e clara** para uma criatura racional dedicada a seu estudo, como o são as leis positivas da comunidade civil; ou melhor, possivelmente mais claras, pois a razão é mais fácil de ser compreendida que os sonhos e as maquinações intrincadas dos homens, buscando traduzir em palavras interesses contrários e ocultos; pois assim realmente se constitui grande parte das leis civis dos países, que só são justas na medida em que se baseiam na lei da natureza, pela qual devem ser regulamentadas e interpretadas.⁵⁹ (grifo nosso)

⁵⁷ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da legislação*, p. 87.

⁵⁸ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da legislação*, pp. 88-89.

⁵⁹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Capítulo II, § 12.

Waldron disse que Locke é vaidoso como qualquer outro filósofo, tendo a tendência costumeira de considerar a visão de qualquer um que discorde dele como ignorante ou parcial, em três passagens, porém, Locke assumiria que sua visão é controvertida e que alternativas poderiam ser consideradas razoáveis.⁶⁰ O que Waldron quer concluir, com sua abordagem, é que, apesar de haver respostas corretas, essa correção não é tão evidente ou tão clara a ponto de indivíduos diferentes e de boa-fé não serem levados a conclusões distintas.

A dissensão em Locke estaria conectada a duas questões importantes. A primeira é a necessidade do direito positivo, já que as pessoas teriam uma percepção melhor de onde se encontram, em virtude de um conjunto de leis positivas válidas, criadas por seus representantes, em vez de confiarem no raciocínio individual de cada uma a respeito do significado da lei da natureza. A segunda dissensão em Locke repousaria no reconhecimento da falta de unanimidade dentro dos corpos deliberativos, ao dizer que tudo o que o legislador ou qualquer outra pessoa dispõe são conclusões falíveis e provisórias sobre o direito natural a que chegaram a partir de seu próprio raciocínio.⁶¹

O ponto crucial, na perspectiva de Waldron, é que o conteúdo do direito natural, no estado de natureza, é incerto e controvertido. O direito natural, de fato, restringe os decretos dos legisladores, mas tudo que os legisladores, o monarca, a maioria ou qualquer outra pessoa dispõe sobre os direitos naturais são conclusões falíveis e provisórias. Apesar de o direito natural existir independentemente da vontade ou pensamento humano, na terra, os homens só conseguiriam tentar raciocinar rumo a isso, consciente de sua falibilidade. A crença em estar certo, assim não tornaria certo o direito natural: “É justamente esse o problema: não torna”.⁶²

Tanto Waldron quanto Locke veem benefícios epistêmicos em colocar o poder legislativo em uma assembleia, em vez de num único indivíduo. Designando Locke um teórico ou prototeórico da democracia deliberativa, Waldron crê que o raciocínio conjunto

⁶⁰ “Tenho em mente o seu argumento a respeito do direito de punição no estado de natureza (II:9), seu argumento a respeito do trabalho superando a propriedade comunal da terra (II:40) e sua descrição dos direitos dos conquistadores nas guerras justas (II:180). Ele antecipa objeções, demonstra ter conhecimento das alternativas e também compreende as circunstâncias sociais e econômicas – como a pressão sobre a terra após a invenção do dinheiro (II:36, 75 e 111) – que tornariam complexas e controvertidas questões anteriormente simples e evidentes” Cf. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, pp. 90-91.

⁶¹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 94.

⁶² WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, pp. 96-97.

melhora a probabilidade de uma legislação justa, mas não o suficiente para eliminar a discordância (ainda é necessário votar) e não o suficiente para eliminar a possibilidade de erro. Assim, a legislatura ainda pode ferir o direito natural, entretanto, o direito natural não funciona como limite institucional, pois não há instituição humana destinada a representar as reivindicações do direito natural, já que ela própria seria tão falível quanto a legislatura. Constituiria, assim, um erro supor a corporificação institucional dos limites jusnaturalistas de John Locke, como imaginou Holmes.

Sem limite institucional, porém, o direito natural seria um limite inútil? Para Waldron, essa questão poderia ser lida como uma questão de cultura política. O que Locke almejava era uma mudança moral, uma mudança informal na cultura política, não uma mudança na constituição formal. O que Locke queria era que os legisladores acreditassem no direito natural, que o considerassem seriamente e percebessem que havia um limite para o que podiam fazer. O legislador deveria tentar, tão conscienciosamente quanto possível, compreender quais eram esses limites e se as propostas legislativas iriam contra eles. Essa consciência também serviria aos cidadãos que não estariam obrigados a cumprir qualquer disposição legislativa, podendo exercer o direito de resistência, quando ela ultrapassasse seus limites. Isto é, tanto legislador como cidadão deveriam se esforçar para compreender quais seriam os limites jusnaturalistas e se os estatutos iriam contra esses limites.⁶³

Na visão de Waldron, o “espírito de liberdade e respeito” faz com que os direitos naturais sejam mais respeitados do que por arranjos institucionais. A crença em formulações de outro corpo legislativo – uma superlegislatura, uma convenção constitucional ou outro – apenas adia ou reproduz a dificuldade, de modo que a deliberação pública realizada na assembleia, a política legislativa, é o fórum primário onde ocorrem o pensamento e discordância sobre justiça.⁶⁴ O problema de Rawls, portanto, não é estabelecer “seus” princípios de justiça, inflexivelmente. O problema é estabelecer instituições políticas com base em “seus” princípios, sem assegurar uma competição com outros princípios de justiça

⁶³ “Mais ainda, Locke quer encorajar uma cultura política na qual todos os participantes acompanhem essas convicções com uma percepção insistente de que, por mais difícil e controvertido que tudo isso seja, ainda assim, os temas em questão são objetivos e de que eles podem compreender errado, e se o fizerem, serão responsáveis perante Deus pelo seu erro e por qualquer confusão resultante”. Cf. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 101.

⁶⁴ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 101.

inflexíveis. É necessário que se reconheça que existe um conjunto de convicções sendo importante enfrentar como chegar a uma opinião comum. Essa é a lógica da legislação.⁶⁵

É certo que em nenhum momento John Locke reconheceu ou antecipou um controle judicial de leis, mas, naquele momento, havia certo consenso quanto à anterioridade e superioridade das leis da natureza em relação às leis positivas, de modo que aquelas deveriam prevalecer sobre estas. Locke, porém, sabia que o direito natural poderia ser discutível:

Como a lei da natureza não é uma lei escrita, e não pode ser encontrada em lugar algum exceto nas mentes dos homens, aqueles que a paixão ou o interesse incitam a mal citá-la ou a mal empregá-la não podem ser tão facilmente convencidos de seu erro na ausência de um juiz estabelecido. Por isso ela não serve, como deveria, para determinar os direitos e delimitar as propriedades daqueles que vivem sob sua submissão, especialmente onde cada um é também seu juiz, intérprete e executor, e além disso em causa própria.⁶⁶

O direito positivo, deste modo, permite dar conhecimento a cada um sobre aquilo que lhe pertence, sendo governados segundo leis promulgadas. São as leis estabelecidas e permanentes que impedem o poder absoluto arbitrário. Mas, escrevendo como defensor da Convenção Parlamentar, sua preocupação primordial, ao tratar da arbitrariedade e da tirania, direciona-se ao monarca.⁶⁷ Essa arbitrariedade é expressa em decretos exorbitantes, resoluções imprecisas, ordens extemporâneas ou ideias repentinas. De acordo com Locke,⁶⁸ o oposto à arbitrariedade são leis estabelecidas e promulgadas, conhecidas por todo o povo, que o protege de seus governantes, mantendo-os nos seus devidos limites. Locke ainda afirmou que não se deve temer os governos em que o legislativo está nas mãos de uma assembleia que, ao ser dissolvida, faz com que seus membros retornem à condição de súditos e se sujeitem da mesma forma que o restante das pessoas comuns, refreando a todos igualmente.

Locke não disse que os direitos naturais seriam resguardados ou preservados por meio de magistrados vigilantes não eleitos que poderiam descumprir um Ato do Parlamento. Para Locke, a lei constituiu o mecanismo seguro de prevenção da tirania e da arbitrariedade. Todo homem, disse Locke, deve observância às leis. Se o legislativo transgride sua finalidade de existir, violando os direitos naturais de propriedade e conservação, agindo de forma

⁶⁵ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 111.

⁶⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Capítulo XI, § 136.

⁶⁷ Diferente de Thomas Hobbes que escreveu em crítica ao *Long Parliament*.

⁶⁸ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Capítulo XI, § 137.

contrária ao povo, a solução que Locke dá é devolver ao povo o direito de retomar a sua liberdade original e estabelecer um novo legislativo adequado a promover sua segurança e tranquilidade, aplicando-se a mesma regra ao executivo.⁶⁹

É provável que se coloque aqui a indagação habitual: **Quem vai julgar se o príncipe ou o legislativo agiram contra a missão que lhes foi confiada?** Isso, talvez, homens maldispostos e facciosos possam espalhar entre o povo quando o príncipe só faz uso de sua devida prerrogativa. Eu respondo: **O povo será o juiz**; quem vai julgar se o comissionado ou o mandatário age bem e de acordo com a confiança nele depositada, senão aquele que o comissionou, e deve, por havê-lo comissionado, ter ainda o poder de destituí-lo quando falha em sua confiança? Se isso é razoável em casos particulares de homens comuns, por que deveria ser diferente na questão que é a mais considerável de todas, que diz respeito ao bem-estar de milhões de pessoas, e onde o mal, se não for evitado, fica mais grave, e não pode ser curado sem muitas dificuldades, ônus e perigos?

Além disso, quem deve julgar esta questão? Não pode significar que não há absolutamente juiz; pois onde não há magistratura na terra para decidir as controvérsias entre os homens, Deus no céu é o juiz. Somente Ele, na verdade, é o juiz dos direitos do homem; mas neste caso, como em todos os outros, cada homem é juiz de si mesmo ao decidir quando outro se colocou em estado de guerra com ele e quando ele deve apelar para o Juiz Supremo, como fez Jefté.

Quando surge uma controvérsia entre um príncipe e uma parte do povo em uma questão em que a lei é silenciosa ou duvidosa, e a questão é de muita importância, eu acho que o árbitro apropriado em tal caso deveria ser o conjunto do povo; pois em casos em que o príncipe tem uma confiança depositada nele, e está dispensado das regras ordinárias comuns da lei, se alguns homens se consideram lesados e acham que o príncipe agiu de encontro ou além dessa confiança, quem mais apropriado para julgar que o conjunto do povo (que primeiro depositou nele essa confiança) até que ponto ela deve se estender? Mas se o príncipe ou seja quem for que esteja na administração declinar dessa forma de determinação, não resta outra solução senão apelar ao céu. O emprego da força entre pessoas que não têm superior conhecido na terra, ou em condições tais que não se possa buscar nenhum juiz na terra, constitui propriamente o estado de guerra: o único recurso, então, é apelar ao céu, e a parte lesada deve decidir por ela mesma se julga adequado fazer uso desse apelo e utilizá-lo.

Para concluir, o poder que cada indivíduo deu à sociedade quando nela entrou jamais pode reverter novamente aos indivíduos enquanto durar aquela sociedade, sempre permanecendo na comunidade, pois sem isso não haveria nenhuma comunidade, nenhuma comunidade civil, o que seria contrário ao acordo inicial; da mesma forma, quando a sociedade confiou o legislativo a uma assembleia, seja qual for, para que seus membros e seus sucessores o exerçam no futuro, e se encarreguem de providenciar sua própria sucessão, o legislativo não pode reverter ao povo enquanto aquele governo durar; tendo habilitado o legislativo com um poder perpétuo, o povo renunciou ao seu poder político em prol do legislativo e não pode reassumi-lo. Mas se tiverem estabelecido limites para a duração de seu legislativo, e tornado temporário este poder supremo confiado a qualquer pessoa ou assembleia; ou ainda quando por malfeitos daqueles detentores da autoridade o poder é confiscado; pelo confisco, ou por determinação do tempo estabelecido, ele reverte à sociedade, e o povo tem o direito de agir como supremo e exercer ele próprio o poder legislativo; ou ainda colocá-lo sob uma nova forma ou em outras mãos, como achar melhor.⁷⁰ (grifo nosso)

⁶⁹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Capítulo XVIII, §206 e Capítulo XIX, §§ 214 e 222.

⁷⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Capítulo XIX, §§ 240 a 243.

Sua teoria prevê que o poder legislativo é o poder supremo ao qual todos são subordinados. Supremacia legislativa, não obstante, não significa, em Locke, arbítrio, concentração de poderes ou exercício ilimitado. Mesmo o legislativo deveria agir com vistas a proteger a propriedade, a liberdade, a autoconservação e a segurança, por ser um poder dado em confiança pelo povo para alcançar certos fins. Caso esse fim fosse desvirtuado ou negligenciado, o povo reteria perpetuamente o poder supremo de salvaguardar-se contra qualquer um, mesmo seus legisladores. Esse poder, como Locke deixou bem claro, não é exercido concomitantemente com o governo. Se há governo, o legislativo é o poder supremo, tendo o povo um poder latente que só se manifesta com a dissolução do governo.⁷¹

Outra razão para resistir ao argumento da limitação do parlamento ao *common law* dos juízes era que a constituição histórica ou consuetudinária dos ingleses não se confundia com o *common law*, apesar de possuir elementos comuns. A lei fundamental, como prescrevia Locke, estava mais para um acordo implícito entre governados e governantes, cuja legitimidade repousava no consentimento. Em certa medida, Larry Kramer⁷² corroborou com a ideia de Waldron sobre o dissenso do direito natural, ao afirmar que o conteúdo da constituição consuetudinária inglesa era aberto e incerto. Mesmo que fosse considerada imutável, já que suas regras advinham da natureza e da razão, o conteúdo da constituição estava em constante mudança e seus intérpretes procuravam dar novo sentido e nova disciplina, em busca de sua verdadeira substância.⁷³ A constituição, todavia, por ser constituída de princípios imutáveis, como o direito natural, estava fora do alcance de qualquer instituição, fosse do legislativo, executivo ou judiciário. O consenso, assim, dizia respeito à sua existência. Embora Kramer afirme que o *Bill of Rights* de 1689 e a Revolução Gloriosa tenham sido decisivos para a resolução de pontos controvertidos sobre a constituição consuetudinária, seu caráter prescritivo admitia que leis fossem revogadas, costumes convertidos em lei, alteração da constituição civil do governo, alteração dos privilégios dos cidadãos ou mesmo a alteração da prerrogativa dos governantes. Em outras

⁷¹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Capítulo XIII, §149.

⁷² KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 14-15.

⁷³ Tal como Locke fez ao tratar da prerrogativa do monarca para corrigir as deturpações oriundas do sistema de representação eleitoral.

palavras, nada estava fixamente estabelecido, mas poderia ser alterado diante do acordo entre governantes e governados.⁷⁴

De todo o exposto, apesar de John Locke ser o teórico da supremacia legislativa limitada, não parece ser precursor do *judicial review*. John Locke dava ao povo, não aos juízes, o direito de resistir e se insurgir contra um legislativo que os privasse de seus direitos naturais, desvirtuando-se da razão de sua existência. Se algum tipo de controle institucional fosse concebível, naquele momento, esse controle seria exercido pelo poder de prerrogativa do rei e por sua participação no Parlamento, por intermédio do poder de veto. Mas essa não é a preocupação de Locke. O problema que John Locke quer combater é a monarquia absolutista. Seu receio contra o abuso de poder dirige-se ao rei e o remédio para esse mal se encontra na constituição de um parlamento, especialmente em uma assembleia temporária de representantes eleitos pelo povo. Comparar o poder de prerrogativa real de John Locke ao controle judicial de constitucionalidade é como dizer que o rei poderia controlar a constitucionalidade do legislativo em face da constituição inglesa e embora Locke tenha visto no rei um instrumento de equilíbrio constitucional, em momento algum o designou guardião da constituição inglesa.

É verdade que o rei exerceria, ao invocar o *salus populi suprema lex*, um papel corretivo da legislação, mas, para Locke, a prerrogativa não funcionava com o rei se recusando em cumprir a legislação sempre que reputasse contrária à constituição inglesa. Creditar tal circunstância como verdadeira implicaria ignorar tudo o que Locke havia escrito sobre a função da lei no governo. A prerrogativa, assim, como ação ilegal do monarca, era extremamente rara e perigosa, embora indispensável, não havendo critérios pré-definidos para resolução do problema, nem juiz nomeado que não fosse o conjunto do povo ou o Juiz Supremo, no céu.

1.3 A SEPARAÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU: UMA DEFESA DO EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

Como foi explicado, no decorrer do século XVII, na Inglaterra, a teoria da separação de funções foi forjada para combater a tirania, expressa na concentração de

⁷⁴ KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 14-15.

poderes. A questão, porém, era extremamente controvertida. O primeiro problema era definir quem seria o tirano. Para os republicanos e *levellers*, o absolutismo monárquico encarnava a tirania; para os monarquistas, o receio era a tirania do Parlamento. A tirania, ainda, poderia decorrer, como advertiam os monarquistas parlamentaristas, da ausência de uma correta representação das potências sociais no Parlamento, expressas pela constituição mista.

Com isso, na perspectiva teórica, defender a supremacia do Parlamento não implicava na defesa de uma única engenharia constitucional de separação de poderes. Enquanto alguns defensores da supremacia do parlamento, como John Locke, acreditavam que a teoria da separação de poderes permitiria o veto do monarca e sua participação no legislativo, outros segmentos radicais defendiam a concentração dos poderes legislativo e executivo no Parlamento. Os *levellers*, por sua vez, queriam a separação entre executivo e legislativo, mas não reconheciam o direito de veto sobre a legislação. Estes dois últimos, portanto, compartilhavam a ideia de que a soberania popular, ao estabelecer a separação de poderes, não admitia a presença do monarca no legislativo.⁷⁵

Para elucidar a origem das diversas visões sobre a separação de poderes, Nuno Piçarra explicou que a teoria da separação de poderes surgiu como uma forma de evitar que o legislador fosse também o executor da lei. Essa versão rudimentar da separação de poderes do século XVII foi utilizada para exigir o exercício separado, orgânico e pessoal das funções legislativas e executivas, expressas na garantia do *rule of law*. Nessa perspectiva histórica, é correto afirmar que a doutrina da separação de poderes, no quadro do *rule of law*, foi proposta e defendida por inimigos da monarquia mista, por ser um entrave à plena realização do princípio democrático. Contudo, é igualmente correto afirmar que a restauração monárquica não conduziu, de modo algum, à negação ou à supressão daquela doutrina, fazendo com que fosse parte integrante da teoria constitucional inglesa e estreitamente relacionada à teoria da monarquia mista.⁷⁶

Na perspectiva teórica, é preciso compreender que a separação de poderes refere-se a dois problemas distintos. O primeiro diz respeito à maneira pela qual as funções

⁷⁵ A Revolução Gloriosa significou a vitória da posição moderada, representada pela monarquia parlamentarista. Ficaram vencidas, naquelas circunstâncias, a herança republicana do *Rump Parliament*, a tentativa de abolição da monarquia e da Câmara dos *Lordes* e a supremacia exclusiva da Câmara dos Comuns, pautada na soberania popular.

⁷⁶ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, pp. 59-60.

do governo são ou não divididas. O segundo diz respeito a *quem*⁷⁷ as exerce, *quem* as titulariza. Não bastaria, dessa forma, estabelecer uma divisão do poder, se não houvesse também uma divisão de titulares. O debate inglês recaía, sobretudo, nesse segundo ponto, indagando se cada poder exigiria titulares diversos ou se, em nome de uma constituição equilibrada, poderia haver ingerência de um poder sobre outro (sendo este o fulcro da teoria do *check and balances*). Ao fundo dessa controvérsia estariam duas concepções irreconciliáveis sobre liberdade e governo: a soberania popular (hierárquica) e a constituição mista (equilibrada).

Nuno Piçarra soube muito bem identificar essas concepções rivais. Como corolário da monarquia mista, a teoria da separação de poderes era colocada como uma exigência jurídico-liberal de primazia da lei, da igualdade perante a lei e da segurança jurídica. Como corolário da soberania popular, a teoria da separação de poderes era colocada a serviço da exigência democrática da supremacia do legislador eleito pelo povo, representante da vontade coletiva. A primeira era uma versão do primado da lei da doutrina da separação de poderes, a segunda, uma versão democrático-radical.⁷⁸ Com isso, fica mais fácil compreender os pontos de partida de Montesquieu sobre sua teoria da separação de poderes. Ao escrever *Do Espírito das Leis* na metade do século XVIII, Montesquieu não tinha em mente uma sociedade de iguais, mas uma sociedade de liberdade entre diferentes.⁷⁹

A teoria da separação de poderes, como descrita por Montesquieu, consiste em uma teoria sobre liberdade política e só há liberdade nos governos moderados.⁸⁰ Seguindo a tradição do *rule of law*, Montesquieu defende que a liberdade consiste em fazer aquilo que as leis permitissem: “se alguém pode fazer o que é proibido, ele já não tem mais liberdade, porque os outros também teriam esse mesmo poder”.⁸¹ A lei, assim, é a segurança, o instrumento que permitiria que um cidadão não precisasse temer o outro.

Para Montesquieu, todo homem que tem nas mãos o poder é levado a abusar dele. Para evitar o abuso de poder, na teoria de Locke, seria necessária a observância aos direitos naturais. Na teoria de Montesquieu, seria necessário outro poder que servisse como freio. Naquilo que foi designado como uma teoria jurídica da separação de poderes, os

⁷⁷ Especialmente sobre quem deveria exercer o poder legislativo, considerado o poder supremo.

⁷⁸ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 58.

⁷⁹ Cf. MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Montesquieu e a Constituição da Inglaterra*, p. 1.

⁸⁰ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulos I e IV.

⁸¹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo III.

poderes seriam divididos em legislativo e executivo, sendo este último dividido no poder executivo do estado (direito das gentes) e no poder executivo civil, denominado poder de julgamento.⁸²

Não há liberdade, disse Montesquieu, quando o mesmo homem, ou o mesmo *grupo* ou *potência* social exerce o poder de criar as leis, executar as resoluções públicas e de julgar os crimes e questões particulares. Nessa afirmação, Montesquieu já se afasta da concepção democrática-radical da separação de poderes. Afasta-se porque não basta que o poder seja exercido por pessoas distintas, se elas não representam potências distintas. O problema em Veneza, dizia ele, não era o Grande Conselho ser o legislador, o Senado o executor e o Tribunal dos Quarenta o julgador, mas a circunstância de todos serem compostos por magistrados da mesma corporação, não representando mais do que um mesmo poder (aristocracia hereditária).⁸³

Quando legislativo e executivo estão reunidos (em uma pessoa ou assembleia, para ele não importa), monarca ou senado criam e executam leis tirânicas. Quando o poder de julgamento e o poder executivo estão reunidos, o juiz passa a ter a força de um opressor. Quando os três estão reunidos, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos é arbitrário, voltando ao estado em que um cidadão teme ao monarca. Para evitar essas situações, Montesquieu passou então a oferecer uma série de sugestões que assegurariam mais facilmente a liberdade, das quais se destaca a seguinte: em um Estado livre, o poder legislativo seria exercido por pessoas livres, mas, em virtude do tamanho dos Estados,⁸⁴ os representantes exerceriam tudo aquilo que o povo não seria capaz de exercer por si próprio, sendo escolhidos a partir de sua própria localidade. Esse poder legislativo seria composto por dois grupos de representantes: os representantes do povo e os representantes da nobreza. O princípio *one vote one man* significaria a própria escravidão dos nobres, já que todas as resoluções seriam contrárias a eles.

A tirania, para Montesquieu, era um risco que poderia acometer o legislativo e o executivo, já que o poder de judiciário era, em suas palavras, de algum modo nulo. Para

⁸² MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulos IV e VI.

⁸³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo VI.

⁸⁴ Nessa passagem, Montesquieu acredita que a representação parece ser uma solução necessária para o grande tamanho dos Estados, mas, em outra passagem, Montesquieu menciona que o povo não deve tomar parte no governo a não ser para escolher os seus representantes, sendo isso tudo que está a seu alcance, tendo o povo discernimento para escolher o candidato mais esclarecido. Cf. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo VI.

evitar a tirania do executivo, haveria o legislativo para lhe fazer frente. Para evitar a tirania do legislativo, Montesquieu, em momento algum, concedeu poder ao judiciário. O poder regulador do corpo legislativo seria contrabalanceado por três potências sociais expressas na constituição mista: o rei, os nobres e o povo. O monarca participaria tanto do poder executivo quanto do poder legislativo, mas cumprindo papéis distintos.⁸⁵ No poder legislativo, exerceria a faculdade de impedir, semelhante ao poder de veto dos tribunos da plebe, enquanto que a faculdade de estatuir (ordenar ou corrigir por si próprio) seria concedida à assembleia. Nobres e povo formariam o órgão legislativo, contudo, o rei integraria o poder legislativo.⁸⁶ Se o executivo não pudesse de forma alguma controlar os empreendimentos do Parlamento, fosse pelo *Royal assent*, pela dissolução do Parlamento ou pela determinação da pauta de sua convocação, o legislativo acabaria tornando-se despótico, atribuindo a si todo o poder que pudesse imaginar e anulando todos os outros poderes. Com isso, o monarca seria sagrado para evitar a tirania do legislativo, proibindo que este julgasse a pessoa ou a conduta daquele que executa. Os nobres seriam acusados pelo povo, mas julgados por seus pares: “os grandes se acham sempre expostos à inveja; e se eles fossem julgados pelo povo, ficariam expostos ao perigo, e não gozariam do privilégio que assiste ao menos os cidadãos num Estado livre, isto é, o direito de ser julgado pelos seus iguais”.⁸⁷ Do exposto, observa-se que, na teoria de Montesquieu, conceder o poder legislativo completamente ao povo ou estruturar uma constituição em que as outras potências sociais não podem fazer frente ao povo, é fazer perecer a liberdade política do cidadão.⁸⁸

Diversas foram as críticas à premissa de primado da lei assumida por Montesquieu. Nuno Piçarra observou que, na época de Montesquieu, o governo de gabinete (próprio do princípio democrático-representativo) já estava implantado, mesmo que não

⁸⁵ Em sentido diverso, Nuno Piçarra acredita que Montesquieu diverge da fórmula do *king in Parliament*. Sob a influência de Bolingbroke, o autor francês reformularia a tradicional balança de poderes, excluindo o monarca do poder legislativo e concederia ao monarca apenas uma *negative voice*. Tal assertiva deve-se, principalmente, ao fato de Montesquieu ter listado apenas o povo e os nobres como integrantes do legislativo. Para Vile, a diferença entre Bolingbroke e Montesquieu era que este último situava o rei fora do corpo legislativo. Todavia, no mesmo capítulo VI, Montesquieu diz que o poder executivo “deve tomar parte na legislação mediante a sua faculdade de impedir”, razão pela qual há motivos para crer que Montesquieu não tenha se afastado da regra do *king in Parliament*. Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 111 e VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 108.

⁸⁶ Também os lordes só teriam o direito de impedir no caso de matérias que versassem sobre arrecadação de dinheiro. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo VI.

⁸⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo VI.

⁸⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo XVIII.

fosse em sua forma definitiva, sendo o Lorde dos Tesouros responsável por negociar e assegurar uma maioria na câmara baixa. A oposição política ao governo se organizava em uma minoria parlamentar, ignorada por Montesquieu, que concebia a Câmara dos Comuns como órgão politicamente unitário e homogêneo.⁸⁹ Montesquieu consideraria tão nocivas as restrições ao poder político dos nobres, defendido pelo princípio democrático-representativo, quanto seria nocivo a absolutização do poder monárquico, por violar a balança de equilíbrio do corpo legislativo bicameral: “os três poderes (...) estarão perdidos a partir do momento em que um deles concentre em si o poder político antes repartido com os outros”.⁹⁰ Com isso, ainda que suas ideias estivessem destinadas a perdurar no futuro, traziam outras noções pertencentes ao passado. Ingeborg Maus chamou atenção para este aspecto na obra de Montesquieu ao optar por enfatizar aspectos que já se encontravam abolidos da práxis constitucional inglesa, como a possibilidade dos ministros manterem suas posições na Câmara dos Comuns e o desuso do veto do rei, próprios de um sistema parlamentar.⁹¹

Outros autores, todavia, conseguem realizar uma adaptação da teoria de Montesquieu ao governo de gabinete e mesmo às repúblicas democráticas, por intermédio de uma releitura da ideia de partido, contida em *Do Espírito das Leis*. Nelson Matos, por exemplo, acredita que a indesejável concentração de funções não se resumiria a uma concentração pessoal ou orgânica, mas, sobretudo, a uma concentração social do poder. Assim, Montesquieu teria completado sua teoria política em outro capítulo de *Do Espírito das Leis*, considerando que, em determinados contextos, o controle eficaz da tirania não seria estabelecido entre potências sociais ou órgãos estatais, mas nas relações entre maioria e minoria.⁹² Ao tratar da forma pela qual as leis poderiam contribuir para a formação dos costumes e do caráter de uma nação, Montesquieu realiza uma introdução ao conceito de partidos:

Como existiriam, nesse Estado, dois grandes poderes visíveis, o poder legislativo e o executivo, e como todo cidadão exerceria ali a sua vontade própria, e faria valer, a seu arbítrio, a própria independência, a maior parte dos indivíduos, dedicaria maior afeição a um desses poderes, de preferência ao outro, a maioria não possuindo

⁸⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, pp. 114-121.

⁹⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 121.

⁹¹ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, pp. 198-199. Cf. também MAUS, Ingeborg. *Separação dos Poderes e Função Judiciária*, pp. 17-63.

⁹² MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Montesquieu e a Constituição da Inglaterra*, p. 7.

ordinariamente bastante equidade e bastante bom-senso para afeiçoar-se igualmente a ambos.⁹³

A descrição de Montesquieu, entretanto, da Constituição inglesa em termos diversos de sua realidade permitem que o leitor seja capaz de identificar com mais facilidade aquilo que Montesquieu realmente imaginava ser um governo equilibrado – poderes igualmente capazes de se contraporem. Pierre Manent chamou a atenção para essa passagem da obra de Montesquieu e recordou que, sobre o assunto, Hobbes tinha uma visão distinta do barão francês por acreditar que dois poderes iguais, um frente ao outro, instauraria uma guerra permanente, que duraria até que um submetesse o outro ou até que o conflito destruísse o corpo político. Entretanto, Montesquieu acreditava que a necessidade (verdadeira soberana) de resolver o conflito e tomar uma decisão os forçaria a proceder em comum acordo, deste modo, “*uma* decisão pode ser tomada por *dois* poderes que estejam de acordo”.⁹⁴

Manent explica que a liberdade de Montesquieu se instauraria pela neutralização da política, mas não seria uma liberdade apolítica porque estaria condicionada à organização política. Dentro dessa organização política, Montesquieu descreve o funcionamento real dos regimes livres, em que tanto o poder executivo como legislativo precisariam de partidários, isto é, pessoas que, por interesses diversos, acreditam que seus interesses estariam mais bem representados no poder executivo ou no poder legislativo. Como o verdadeiro poder se dividiria em dois, também a sociedade se dividiria, nem que fosse entre os beneficiados pelo executivo e os excluídos por ele. Os cidadãos se sentiriam representados ora por um ora por outro,⁹⁵ a depender de quem melhor favorecesse os seus objetivos.⁹⁶ Porém, o importante é que, apesar da relação de apoio entre partidários ser conjectural e volátil, o cidadão sempre estaria vinculado a um poder parcial, dividido, impedindo-os de tiranizarem uns aos outros. Ainda que um poder “se levantasse muito”, congregando amplo apoio majoritário, ele seria controlado pelo *efeito da liberdade*.

Esses partidos, sendo compostos de homens livres, quando um se levantasse muito, o efeito liberdade faria com que ele fosse rebaixado, enquanto que os cidadãos, tal qual as mãos que socorrem o corpo, viriam levantar o outro.⁹⁷

⁹³ PIÇARRA, Nuno. *Do espírito das leis*, Livro XIX, capítulo XXVII.

⁹⁴ MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*, pp. 89-93.

⁹⁵ Nesse aspecto, também o executivo seria representativo.

⁹⁶ MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*, pp. 91-93.

⁹⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XIX, capítulo XXVII.

O efeito liberdade seria a razão que levaria os cidadãos a apoiarem o poder mais fraco. Mas existem razões para crer que eles fariam isso, uma vez que apenas uma minoria apoiaria o poder mais fraco? Para Manent, Montesquieu identificou algumas circunstâncias que fariam esse mecanismo entrar em ação. Primeiramente, haveria uma diferença entre os poderes (as pessoas que os exercem) e os membros da sociedade, não confundindo um com o outro. Quando um poder fica muito forte, seus próprios partidários ou apoiadores têm razão para começar a temê-lo, não por ser partidário, mas por ser membro da sociedade. Os cidadãos, assim, saberiam que o poder que eles apoiam não se confundiria com a sua pessoa, podendo traí-los a qualquer instante. Em segundo lugar, existiriam dois interesses distintos: o interesse pessoal de que o poder sirva a seus interesses, mas que, também, ao fazê-lo, que não pese demais sobre a sociedade. Assim, esse regime de freios e partidos seria produtor de uma dupla impotência: “a divisão do poder torna os cidadãos amplamente incapazes de ter uma ação intensa uns sobre os outros, e, no sentido inverso, os cidadãos que passam de bom grado de um partido para o outro, facilmente tornam o poder impotente”.⁹⁸

Manent finalmente acredita que a definição estática das competências na teoria da separação de poderes é menos importante que a descrição dinâmica da relação entre a sociedade civil e os dois poderes iguais e representativos, por intermédio de dois partidos necessariamente hostis, mas forçados a um compromisso. Diferentemente de Nuno Piçarra, Pierre Manent acredita que esse jogo entre sociedade e poderes pode ser muito bem desenvolvido para outros esquemas, além de executivo e legislativo, descrito por Montesquieu. Mesmo diante de um governo de Gabinete, onde a separação entre executivo e legislativo já era uma lembrança, essa dialética poderia ser verificada entre maioria e oposição. Não que a oposição partilhasse constitucionalmente do poder com a maioria,⁹⁹ mas sua presença e o risco que ela encarnaria de derrota do partido majoritário nas eleições constrangeria o partido majoritário a utilizar o poder moderadamente.

Se quisermos descrever numa palavra a mola mestra do sistema liberal de Montesquieu, diremos que se trata de separar a vontade daquilo que ela quer, ou ainda, de impedir cada um de poder aquilo que não consegue evitar querer; o povo não pode o que quer, pode apenas eleger representantes, esperando, sem nisso

⁹⁸ MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*, p. 92.

⁹⁹ O autor reconhece que o regime descrito por Montesquieu difere significativamente dos regimes atuais. Difere também dos mecanismos de soberania deliberativas, onde a moderação (como descrita em Aristóteles) era fixada pela própria deliberação, não deixando de ser soberana. Cf. MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*, pp. 92-93.

acreditar inteiramente, que eles façam aquilo que deseja; os representantes não podem o que querem, mas têm que ter em grande consideração o que o executivo; e o executivo não pode o que quer, mas deve ter em grande consideração o que o legislativo quer. A soberania absoluta que decide sobre tudo, em última análise – a do Leviatã de Hobbes, mas também afinal, a do corpo legislativo de Locke –, é substituída por um mecanismo de tomada de decisão que torna a soberania supérflua.¹⁰⁰

É importante, de tal modo, compreender que quando Montesquieu imagina poderes contrapostos, acredita que o veto absoluto asseguraria a liberdade do cidadão, já que a lei parcial ou expressa apenas por uma potência social poderia tyrannizar as outras potências. Todo poder, portanto, seria um poder parcial, nunca completo, razão pela qual a soberania indivisa se tornava um conceito superado. Quem apoiasse um poder, apoiaria apenas uma potência por ele representada. É claro que essa crença poderia ser questionada. Federalistas, como Madison,¹⁰¹ temiam que o povo *sempre* viesse a tender para o lado do poder legislativo, mas, para Montesquieu, era improvável que todos os cidadãos tomassem partido de um único poder, quando seus interesses eram divergentes. Outro problema era se o equilíbrio entre os poderes não deflagrariam o estancamento no governo. No modelo do parlamentarismo de gabinete, por exemplo, o chefe de governo se confunde com a maioria parlamentar, facilitando o alinhamento daquilo que Bruce Ackerman denominou de *plena autoridade*,¹⁰² o que viabilizaria a implementação dos programas de governo. Quando o chefe do governo é escolhido a partir de uma maioria parlamentar já estabelecida, os conflitos de governabilidade entre executivo e legislativo tendem a ser menores, especialmente porque a maioria parlamentar depende do sucesso do governo para se manter no poder. Já em países como os Estados Unidos, onde executivo e legislativo são poderes mais independentes e autônomos (como imaginou Montesquieu), sendo ambos escolhidos por voto popular, o desalinhamento entre executivo e legislativo poderia ocasionar um risco à estabilidade do regime, uma crise de governabilidade, além de fazer com que “os cidadãos [investissem] suas paixões na personalidade de um líder único, em detrimento de princípios que [deveriam] nos governar”,¹⁰³ mantendo viva a advertência de Hobbes. Dessa maneira, na ideia de Montesquieu, exigir que cada poder fosse compelido a fazer concessões resultaria em uma legislação consensual ou de um acordo mínimo de não

¹⁰⁰ MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*, p. 95.

¹⁰¹ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 50.

¹⁰² ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*, pp. 24-28.

¹⁰³ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*, pp. 24-28.

rejeição, assegurando o que Manent denominou “espaços de liberdade”,¹⁰⁴ mas isso só seria verdade se a opção em manter o *status quo*, em detrimento da mudança legislativa sectária, significasse a liberdade dos indivíduos. Em outras palavras, cada potência social seria capaz de manter os privilégios já estabelecidos. Caso esses privilégios vulnerassem uma categoria ou potência, nada poderia ser feito, a não ser que houvesse consenso.

Neste ponto, a divisão da soberania de Montesquieu encontra uma forte crítica na teoria da soberania popular, porque a soberania popular não se compromete com o equilíbrio de classes, mas com a igualdade dos cidadãos. Ingeborg Maus¹⁰⁵ explicou que todos os autores contratualistas tinham a *mania* de uniformização jurídica; mesmo Hobbes declarava a aplicação igualitária das leis a cidadãos de diferentes posições sociais como obrigação do poder público. O esquema de separação de poderes de Montesquieu, contudo, dividia o legislativo em classes, sem separar as diversas funções dos poderes (como fizeram os contratualistas democráticos), apenas distinguindo quem os ocuparia, razão pela qual a autora acredita que Montesquieu não descreveu uma teoria de separação de poderes, mas uma teoria de divisão da soberania. Ao permitir, por exemplo, que o monarca atuasse como legislador negativo, Montesquieu não estava separando o trabalho executivo e legislativo, estava apenas dizendo que não haveria lei contra a vontade do monarca. Consoante Maus, a cooperação forçada entre legislativo e executivo revelava o que ela denominou de princípio da incompatibilidade, cuja regra exigiria que o poder executivo, para fazer frente ao legislativo, fosse confiado a pessoas distintas da corporação legislativa, pois ambos estariam unidos, se fossem exercidos pelo mesmo grupo de pessoas, tal como acontecia com a constituição de Veneza. O que Montesquieu criticava, portanto, era o modelo existente na Inglaterra parlamentar, na qual o Parlamento era compreendido como comissão do povo e o governo como comissão do Parlamento. A divisão das funções legislativas e executivas, entre seus integrantes, não era relevante para Montesquieu. Para Maus, a divisão de trabalho ou funcional do modelo parlamentar concentrava todo o poder de legislação no Parlamento, por isso, a versão da separação dos poderes parlamentarista era baseada na soberania popular, com uma estrutura de controle vertical, de baixo para cima, em que o povo controlaria o Parlamento e o Parlamento controlaria o governo. Contudo, o princípio

¹⁰⁴ MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*, p. 97.

¹⁰⁵ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, pp. 190-197.

fundamental de Montesquieu era horizontal, e não vertical - ele não separava os poderes, mas a soberania, pois os poderes eram separados unicamente de forma pessoal, trabalhando no mesmo âmbito funcional da legislação, concorrendo uns com os outros como fatores de poder parcialmente soberanos.¹⁰⁶

Todavia, Montesquieu não empregou a mesma lógica que utilizou para separar os poderes legislativo e executivo com o poder judiciário. O critério para diferenciar o poder judiciário dos demais ramos foi justamente a divisão do trabalho ou funcional, por proporcionar ao governo a missão de aplicar o direito, não de criá-lo. A tese de Maus é que Montesquieu inventou o *check and balances*, todavia, ao tratar da separação do judiciário dos ramos legislativo e executivo, a independência foi lida pelos federalistas como um postulado de autarquia judiciária contra o legislativo. Para Maus, a interpretação dos federalistas foi o inverso do que quis dizer Montesquieu, para quem o juiz não poderia ser simultaneamente o legislador,¹⁰⁷ sendo inconcebível, assim, imaginar que a teoria do *check and balances* de Montesquieu autorizaria os juízes a declarem uma lei inválida – sua responsabilidade, antes disso, era zelar por sua aplicação. Com isso, para Maus, o *judicial review* e a autoridade judicial descrita pelos federalistas deturparam a teoria de Montesquieu e fizeram com que “a sujeição montesquiana da justiça à lei fosse invertida na sujeição do legislativo à justiça”,¹⁰⁸ porém, a constituição norte-americana, ao permitir o veto e a participação do presidente no legislativo, traduziu corretamente as relações entre o executivo e o legislativo com mais fidelidade à teoria de Montesquieu do que o parlamentarismo inglês, repartindo o legislativo em pessoas diferentes.¹⁰⁹

Uma defesa federalista poderia ser forjada no sentido de afirmar que os teóricos americanos nada mais fizeram do que dar ao judiciário o mesmo tratamento que Montesquieu deu ao executivo, nesse caso, a incoerência seria de Montesquieu e não dos federalistas. O fato, entretanto, é que o controle judicial de constitucionalidade partiria de uma teoria de soberania dividida e não de uma teoria de separação de funções entre os poderes, transformando os juízes em reis.

¹⁰⁶ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 199.

¹⁰⁷ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 199.

¹⁰⁸ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 202.

¹⁰⁹ Desconsiderando o fato de o presidente ser eleito e do veto executivo não ser absoluto, a constituição americana nada mais fez do que instituir um modelo de monarquia moderada, onde as funções executivas típicas do monarca seriam exercidas por um presidente eleito.

A soberania popular e a teoria da soberania dividida, descrita no modelo equilibrado de Montesquieu e copiada pelos constitucionalistas americanos, partem de duas bases bem distintas. A primeira enfatiza o poder do povo, a segunda, a liberdade do povo.¹¹⁰ Não que a soberania popular não se preocupasse com a liberdade, mas, como disse Maus, a liberdade estava nas mãos dos cidadãos que participavam do processo legislativo, aptos a exigir que sua vontade fosse observada em todas as instâncias do governo. Ao exigir a submissão de todos os poderes à soberania legislativa do povo, se institui uma assimetria no modelo de separação de poderes incompatível com o equilíbrio horizontal de Montesquieu. Para Maus, essa assimetria estava presente em Hobbes, Locke, Sieyès e Kant. Locke, por exemplo, sendo um teórico do contrato social, teria colocado a soberania do ato legislativo nas mãos de cidadãos livres e iguais, antecedendo a criação dos aparelhos estatais. Por isso, no seu entender, Locke teria escolhido o legislativo eleito pelo povo como o “supremo poder”.¹¹¹

A linguagem que Maus¹¹² emprega em Locke, neste ponto, claramente exclui o monarca do poder legislativo, restringindo-o aos representantes eleitos do povo. O direito de revolta popular contra os poderes enfatizaria ainda mais essa relação hierarquizada e vertical, de baixo para cima, que retiraria a soberania delegada do legislativo eleito. Sua conclusão é que a soberania popular rompe o equilíbrio e impõe uma relação verticalizada no poder legislativo. Quando Montesquieu dividiu o legislativo, dividiu a soberania, já que soberano seria aquele que detém a competência para legislar. Partindo de um parâmetro rousseauiano, Maus tenta resgatar a *verdadeira* separação de funções que teria sido abandonada por Montesquieu (embora ambos concordem que a independência judicial estaria sempre vinculada ao cumprimento da lei). Nesse aspecto, a soberania popular exigiria que a competência legislativa estivesse exclusivamente concentrada no povo e, ao propugnar que o executivo estivesse fora do legislativo, a teoria de Ingeborg Maus se aproximou significativamente da visão dos *levellers*, que rejeitavam a presença do rei dentro do Parlamento.

Existindo apenas um soberano e sendo a soberania indivisível, a lógica é que existiria apenas um legislativo. Essa ideia é coerente com um legislativo unicameralista (um

¹¹⁰ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 204.

¹¹¹ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, pp. 209-211.

¹¹² MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, pp. 212-223.

povo, um legislador) e foi inicialmente essa a visão dos franceses na revolução de 1789. Só que Maus acredita que a soberania também permaneceria indivisível em um Estado federalista, se o princípio da separação funcional de poderes fosse mantido, isto é, se todo o poder legislativo estivesse concentrado nas *corporações legislativas*.¹¹³ Cabe indagar, nesse sentido, se haveria ou não soberania legislativa dividida entre duas câmaras eletivas, sabendo que Sieyès imaginava um único legislativo delegado e Rousseau, uma única vontade geral. A questão é complexa e será discutida no último capítulo, mas, em 1795, os constituintes franceses acreditavam estar aplicando a teoria do equilíbrio de Montesquieu ao dividirem o legislativo em duas casas: o Conselho dos Quinhentos e o Conselho dos Anciãos. Se o princípio de incompatibilidade exige potências sociais ou classes sociais distintas para o exercício do veto, isto é, não basta o veto recíproco, mas o veto de classes sociais distintas, para que haja liberdade, então os franceses estariam errados e a soberania legislativa ainda seria indivisível, como acredita Maus. Todavia, tomando como correto esse raciocínio, em que circunstâncias haveria soberania dividida em países onde inexistisse nobreza? No caso dos Estados Unidos, por exemplo, como o presidente não é rei, mas apenas um político eleito, seu veto poderia não ser considerado como uma divisão do legislativo, já que ele não representa potências distintas. Talvez, o poder que mais se aproximasse do monarca seria o judiciário, por ser composto de integrantes não eleitos, mas isso não só tornaria os juízes legisladores, ferindo a separação funcional de poder, como estabeleceria uma correlação inadequada entre eleição e potência social.

Uma boa maneira de interpretar o argumento de Maus é acreditar que, nas repúblicas, a indivisibilidade da soberania legislativa só é comprometida quando o poder executivo ou judiciário interferem no poder legislativo, exercendo o veto, e não quando o veto é exercido por câmara internas. Em outras palavras, a soberania popular admitiria que o legislativo fosse dividido internamente por casas que exercessem exclusivamente a função legislativa. Essas casas precisariam ser compostas por representantes eleitos pelo povo em obediência à soberania popular. O veto recíproco do bicameralismo, portanto, não seria uma expressão de equilíbrio e sim da hierarquia popular apenas porque não seria exercido por outras pessoas que igualmente exerceriam a função executiva ou judicial, *corrigindo* a separação funcional. A conclusão é de que a liberdade, na teoria da soberania dividida e no

¹¹³ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 231.

equilíbrio de Montesquieu, é assegurada por meio da intervenção do poder executivo no legislativo, unindo a autoridade legislativa e executiva, como existe no princípio do *king in Parliament*. Essa autoridade só existiu como limite de fato, ao poder legislativo, no período em que a Coroa e a Câmara dos Lordes podiam exercer o veto absoluto à legislação. A soberania legislativa seria dividida apenas quando o poder executivo ou judiciário interviesse no legislativo, afetando a indivisibilidade da soberania popular, mas não quando o poder legislativo fosse dividido em câmaras que se dedicassem exclusivamente à função legislativa. Nesse cenário, talvez, fosse mais correto supor que o legislativo seria dividido, mas sem comprometer a separação funcional entre os poderes.

Há, entretanto, dois pontos essenciais contra o fundamento no qual a soberania popular impede a divisão da soberania. O primeiro seria supor que a separação funcional de poderes, descrita pela soberania popular de Ingeborg Maus, permitiria que o poder executivo fosse exercido pelo legislativo, como o sistema parlamentar de gabinete, porém, não permitiria que o legislativo fosse exercido pelo executivo ou judiciário, denotando uma deturpação da separação funcional. Maus defende que as funções não seriam corrompidas pelo governo de gabinete na medida em que o governo seria impelido a apresentar anteprojeto de lei,¹¹⁴ sendo vedada sua autoridade legislativa. Nesses termos, haveria corrupção na separação de funções se o gabinete, por exemplo, pudesse exercer o poder de veto. Entretanto, ainda que os ministros não tenham autoridade para vetar a legislação, existe uma certa confusão quando os mesmos participam do processo legislativo, mantendo sua posição parlamentar na Câmara dos Comuns. Uma separação *pura*, nesse aspecto, impediria que os integrantes do executivo pudessem exercer qualquer ingerência dentro do poder legislativo, inclusive votando.

O mesmo raciocínio poderia ser utilizado para impugnar a prerrogativa do veto do executivo aos projetos de lei como imperativo da soberania popular. Se é correto afirmar que Locke, por exemplo, adotou uma visão vertical da separação de poderes, diferente de Montesquieu, é igualmente correto afirmar que a separação de funções, como defende Maus, não foi observada na teoria lockeana. Locke expressamente prevê o veto executivo dentro do poder legislativo:

(...) num sentido muito tolerável, essa única pessoa pode também ser chamada de *suprema*, não por deter em si todo o poder supremo, que é o de legislar, mas

¹¹⁴ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 199.

porque nela recai a *execução suprema*, da qual todos os magistrados inferiores derivam todos os seus vários poderes subordinados ou, pelo menos, a maior parte deles; **não tendo, também, nenhum legislativo acima de si e não havendo lei que se possa elaborar sem seu consentimento, que não se deve supor deva jamais sujeita-lo à outra parte do legislativo**, ele é, propriamente, nesse sentido, *supremo*. (grifo nosso)¹¹⁵

(...) de modo que não é o *poder executivo supremo* que está isento de subordinação, mas o *poder executivo supremo* investido **numa única pessoa que, fazendo parte do legislativo**, não divise nenhum poder legislativo superior e distinto ao qual subordinar-se e responder além daquele a que ele mesmo se junte e com o qual consinta. Não ficará assim mais subordinado do que ele próprio julgar adequado, o que, pode-se concluir com certeza, será muito pouco.¹¹⁶

Como escrito acima, Locke não negava a participação do poder executivo dentro do poder legislativo, ao contrário, conferia-lhe uma natureza especial. A faculdade do rei para se contrapor às leis não decorre do poder executivo propriamente dito, mas da circunstância do poder executivo estar dentro do legislativo. O poder legislativo é dividido, só que o povo deveria controlar a todos, não apenas os representantes eleitos. O *supremo poder do povo*, a que Locke se refere, pode remover ou alterar o legislativo quando julgar que este age contrariamente à confiança nele depositada.¹¹⁷ A dificuldade em Locke é que fiscalizar um ramo eletivo do legislativo é fácil, mas como o povo pode fiscalizar um monarca vitalício e hereditário?¹¹⁸ A soberania popular, nesse sentido, não proíbe a participação executiva no legislativo ou sua divisibilidade, apenas exige que o povo seja capaz de exercer fiscalização sempre que seu titular *traia* a confiança do povo.

Restaria, como segundo contraponto, para a tese da soberania popular indivisa, responder uma questão ainda complexa: ao admitir que a soberania popular pudesse ser exercida tanto pelo povo como por seus representantes, os teóricos da soberania popular estariam satisfazendo o postulado da indivisibilidade da soberania popular ou o legislativo estaria dividido nas manifestações diretas do povo e nas manifestações de seus representantes, como imaginou Condorcet?¹¹⁹ A assunção de que a soberania popular pode ser exercida nas democracias diretas e indiretas, simultaneamente, também parece levantar um questionamento acerca da indivisibilidade do legislativo, ao se admitir que a legislação

¹¹⁵ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XIII, §151.

¹¹⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XIII, §152.

¹¹⁷ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo XIII, §149.

¹¹⁸ Essa constatação também foi feita por Rousseau, ao concluir que, na constituição mista, o rei não se submetia ao soberano (povo). Cf. *Do contrato social*, Livro III, capítulo VII.

¹¹⁹ Cf. O Título VIII do *Plan de Constitution presente a la Convention Nationale, les 15 & 16 Février, 1793, l'an II de la République*, Paris, Convention Nationale, 1793.

ora se manifeste por intermédio de representantes eleitos, ora se manifeste pelo próprio povo, em plebiscitos e referendos. Controvérsia semelhante talvez ocorresse também com a divisão do legislativo em constituinte e ordinário, embora, nesse caso, a relação hierárquica fosse evidente.

Assim sendo, percebe-se que a separação de funções, como preconizada por Maus ou pelos *levellers*, institui uma supremacia legislativa que decorre da soberania popular, isenta de veto ou controle pelos demais poderes, já que qualquer ingerência externa faria com que o legislativo fosse concentrado nas mãos do executivo (tirania) ou do judiciário (despotismo). Por outro lado, o risco do unicameralismo e de um legislativo sem controle extrínseco dos poderes executivo e judiciário fizeram com que a maioria dos países optasse por constituições em que o veto fosse conferido tanto pelo judiciário como pelo executivo, mesmo que isso, na opinião de Ingeborg Maus,¹²⁰ tenha ocorrido às custas da soberania popular.

Tendo por base essa crença na soberania popular e na teoria democrática da separação de poderes (separação de funções) foi que se reuniram os maiores opositores da teoria de Montesquieu. Althusser dizia que Montesquieu nunca defendeu uma separação absoluta ou pura dos poderes, apenas uma teoria que colocava os nobres a salvo do povo e do rei, assim como colocava o rei a salvo das revoltas populares, de modo que a sua análise da Constituição inglesa ignorou o povo como potência, referindo-se tão somente à burguesia, como terceiro estamento.¹²¹ Foi somente com Meslier e Rousseau que esta quarta potência, o *baixo povo*, seria lembrada, uma vez que a burguesia já teria encontrado o seu lugar na ordem de Montesquieu e já não mais ameaçava sua posição.¹²² Franceses revolucionários, como Sieyès, em oposição aos franceses conservadores, decidiram ignorar os estamentos representados pela constituição mista, resgatando muitos dos ideais republicanos ingleses, como o governo representativo e o legislativo unicameral, composto por representantes eleitos, mas, ao menos na primeira constituição francesa, a maioria da

¹²⁰ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 187.

¹²¹ Em primeiro lugar, o executivo interferiria no legislativo porque teria direito de veto. Em segundo lugar, o legislativo poderia, em certo aspecto, exercer direito de vigilância sobre o executivo, já que controlaria a aplicação das leis que votou e poderia pedir contas aos ministros perante o Parlamento. Em terceiro lugar, o executivo interferiria seriamente no judicial, pois, em três circunstâncias particulares, erigiria-se em tribunal, como o julgamento de nobres por seus pares, em matéria de anistia e processos políticos julgados pela câmara alta, sob a acusação da câmara baixa. Cf. ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a política e a história*, pp. 131-132.

¹²² ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a política e a história*, pp. 154-156.

assembleia nacional optou por um legislativo equilibrado pelo poder executivo, admitindo o veto suspensivo¹²³ do rei.

1.4 DA CONSTITUIÇÃO MISTA À SOBERANIA DA NAÇÃO: A DOUTRINA FRANCESA DA SEPARAÇÃO FUNCIONAL PURA DE PODERES

Apesar de seu impacto na América, M. J. C. Vile¹²⁴ acredita que a teoria de Montesquieu teve mais repercussão na França. Porém, mesmo na França, essa repercussão teria ocorrido de maneira *sui generis*, diversa dos termos originais da obra de Montesquieu e de seus mecanismos de controle recíproco. Diversos são os argumentos, dados por Vile, para justificar esse problema, contudo, o mais emblemático talvez tenha sido o contexto revolucionário francês da segunda metade do século XVIII, que repudiou fortemente a sociedade de estamentos ou potências, tão cara a Montesquieu, cujo pensamento, nas décadas que antecederam a revolução, se encontrava confuso, já que sua solução de constituição não se adequava à realidade francesa e aos pensamentos políticos da época. Não obstante, apesar do repúdio à constituição mista, a separação de poderes se transformou em um marco após 1789.

A França e os Estados Unidos, em suas respectivas experiências revolucionárias, seguiram caminhos bem diferentes relativos ao modo que incorporaram a teoria da separação dos poderes e a ideia de constituição mista dos ingleses. Os norte-americanos acreditavam que a doutrina da constituição equilibrada e da separação de poderes deveria ser modernizada, pois o sistema institucional pré-existente havia se tornado obsoleto; os franceses questionavam, antes da revolução, se a teoria de Montesquieu seria adequada à realidade francesa, fazendo com que sua aplicação fosse quase nula. Nos Estados Unidos, a noção de constituição equilibrada e a separação de poderes tradicional se impunham imediatamente para suavizar as posições mais extremas da teoria; na França, a separação pura de poderes foi apresentada mais como parte da lógica revolucionária do que uma

¹²³ Veto suspensivo significa a faculdade da assembleia deliberar sobre o veto, optando por mantê-lo ou rejeitá-lo.

¹²⁴ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 197.

convicção prévia, se implantando na mente dos cidadãos com intensidade e durabilidade incomparáveis.¹²⁵

Para compreender o desenvolvimento da doutrina da separação dos poderes na França é necessário explicar como os revolucionários franceses sobrepuseram o pensamento de Jean-Jacques Rousseau ao de Montesquieu. Vile explicou que a influência da teoria de Rousseau era enorme e sua crença na indivisibilidade da soberania converteu a teoria constitucional de Montesquieu em algo inaceitável. Mas não foi o caso dos franceses terem substituído uma por outra, na realidade, o que Vile defende é que os revolucionários deturpam a teoria de Rousseau, implantando uma assembleia representativa em substituição à vontade geral, no lugar do legislativo, e colocaram o rei/diretório no lugar do executivo. Consoante Vile, foram os revolucionários que teriam criado a teoria pura da separação de poderes e não Rousseau; quando Mably e Sieyès escrevem suas obras, eles adaptam Montesquieu e Rousseau criando uma terceira teoria de sistema representativo.¹²⁶

1.4.1 Os poderes legislativo e executivo na obra de Rousseau

Jean-Jacques Rousseau acredita que todo poder legislativo pertence ao povo e somente a ele.¹²⁷ Essa singela afirmação já impõe uma grande distinção entre a teoria rousseauiana e o princípio do *king in Parliament*, porque não reconhece a presença do titular do executivo dentro do poder legislativo, estando definitivamente apartados. Já reconhece, igualmente, que a soberania do povo é indivisível, pois o poder legislativo é indivisível. O governo, por sua vez, é o exercício legítimo do poder executivo. Com isso, infere-se que uma das diferenças de Rousseau para Montesquieu é que, quando Rousseau menciona a divisão do governo, ele está se referindo à divisão do poder executivo, pois o legislativo, além de ser indivisível, é também indelegável. Ele define o legislativo como vontade, o executivo como força. O governo, assim, é criado por um ato complexo que prevê o estabelecimento da lei pela vontade geral soberana e sua execução pelo executivo.¹²⁸

¹²⁵ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 198.

¹²⁶ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 198.

¹²⁷ Rousseau, portanto, diferencia poder legislativo e legislador. O legislativo pertence ao povo, o legislador é definido como “um homem extraordinário no Estado”, como Moisés, Sólon ou Licurgo, responsável em redigir as leis, sendo imprescindível a vontade geral para legitimá-las. Cf. *Do contrato social*, Livro II, capítulo VII.

¹²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro III, capítulos I e XVII.

Sob a perspectiva do poder legislativo, os cidadãos são soberanos, sob a perspectiva do poder executivo, os cidadãos são súditos. Existe equilíbrio entre os poderes quando o governo, poder executivo, cumpre exatamente aquilo que foi determinado pelo poder legislativo. Em certa passagem, Rousseau afirmou que quando o soberano governa, o magistrado legisla ou os súditos não obedecem, a desordem toma o lugar da regra, de modo que força e vontade não mais agem de acordo, recaiando o Estado no despotismo ou na anarquia.¹²⁹ Não obstante, mais adiante,¹³⁰ o próprio autor expõe que a democracia, uma das três formas básicas de governo, pode confundir os titulares do legislativo e do executivo, denotando uma incoerência em relação à sua colocação anterior.

A melhor maneira de conciliar as duas passagens aparentemente opostas é lembrar que, na obra de Rousseau, ao instituir o governo, o soberano poderia optar por três formas básicas. O governo de todo povo ou da maior parte seria a democracia, própria de Estados pequenos. O governo de um pequeno número seria a aristocracia, própria dos Estados médios. O governo de um magistrado seria a monarquia, própria de Estados grandes. A democracia verdadeira, que dá a todo o povo (ou ao menos a maior parte dele) o governo dos negócios públicos jamais existiu.¹³¹ Disse Rousseau que “é contra a ordem natural governar o grande número e ser o menor número governado”,¹³² pois, mais cedo ou tarde, acabaria por delegar as funções ou tornar-se improdutivo, de forma que a democracia seria apropriada apenas ao povo de deuses, não cabendo governo tão perfeito aos homens.

Assim, embora a vontade geral possa organizar o executivo de diversas maneiras, sendo que Rousseau parece preferir a aristocracia eletiva em detrimento da aristocracia natural, hereditária ou à forma monárquica, ela conserva sempre o poder soberano no povo, não se organizando em outras formas ou potências, como imaginava Montesquieu.

O povo, ao reunir-se legitimamente em corpo soberano, faria cessar qualquer jurisdição do governo, suspendendo o poder executivo. Nesse sentido, Rousseau afirmou que duas proposições jamais poderiam ser suprimidas dos trabalhos das assembleias populares. A primeira era se o povo desejava conservar a forma de governo, a segunda, se o povo deixaria a administração aos que se encontravam atualmente encarregados dela.¹³³

¹²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro III, capítulos I e XVII.

¹³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro III, capítulo IV.

¹³¹ Diferentes, portanto, de um governo misto exercido por comissões.

¹³² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro III, capítulo IV.

¹³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro III, capítulo XVII.

A ideia de legislativo, assim, diferia significativamente das concepções de Montesquieu e Locke. Ao tratar especificamente da Inglaterra, defendia que a soberania não podia ser representada, já que a vontade não se representa. Os deputados não poderiam ser representantes do povo, porque a vontade geral não era representada. Antes disso, a representação só seria possível e desejável, no poder executivo:

É nula toda lei que o povo *diretamente* não ratificar; em absoluto não é lei. O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos, ele é escravo, não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade, o uso que dela faz, mostra que merece perdê-la.¹³⁴

O governo misto seria apenas a amenização de uma circunstância extrema, no qual o príncipe não mais se submeteria ao soberano e, para tentar minimizar essa dissociação ou falta de proporção, dividiria o governo (executivo) de forma a torná-lo menos forte contra o povo. Função semelhante a dos governos mistos teria sido exercida por magistrados intermediários que serviriam unicamente para equilibrar os dois poderes e para manter seus respectivos direitos, fazendo que o governo não fosse misto, mas temperado, a exemplo dos tribunos da plebe.¹³⁵

Rousseau ainda criticaria o governo misto, ao repudiar a possibilidade de divisão da soberania nos poderes executivo e legislativo, já que a soberania estaria, toda ela, no legislativo:

Algumas vezes, confundem todas essas partes, e, outras vezes, separam-nas. Fazem do soberano um ser fantástico e formado de peças ajustadas, tal como se formassem um homem de inúmeros corpos, dos quais um tivesse os olhos, outro os braços, outro os pés, e nada além disso. Contam que os charlatães do Japão despedaçam uma criança aos olhos dos espectadores e depois, jogando ao ar, um após outro, todos os membros, volta ao chão a criança viva e completamente recomposta. Mais ou menos assim fazem-se os passes de mágica de nossos políticos: depois de desmembrarem o corpo social, por uma sorte digna das feiras, reúnem as peças, não se sabe como.¹³⁶

Assim como Locke, Rousseau também acredita que o tratado social tem como fim a conservação. Contudo, se, para Locke, os direitos naturais serviriam como limite ao legislador, sendo esta a condição do contrato, para Rousseau, a conservação do cidadão se daria por meio da concessão de um poder absoluto ao corpo político, dirigido pela vontade geral. Rousseau, ao tratar dos limites do poder soberano, reconheceu que existem direitos e deveres do indivíduo como súdito ou cidadão e do indivíduo como homem, sendo este

¹³⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro III, capítulo XV.

¹³⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro III, capítulo VII.

¹³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro II, capítulo II.

último oriundo do direito natural, porém, é o pacto social que determina o quanto os homens alienam os direitos à comunidade. Em outras palavras, a vontade geral é juíza em determinar a amplitude do sacrifício dos homens e apesar de o soberano poder, em tese, tomar tudo que o indivíduo possui, inclusive sua vida, não o faz, pois “sob a lei da razão, não menos do que sob o da natureza, nada se faz sem causa”.¹³⁷ Portanto, Rousseau não acredita ser necessária uma garantia dos súditos em relação ao poder soberano, na medida que é impossível o corpo desejar prejudicar todos os seus membros.¹³⁸

A vontade geral, diferentemente da vontade particular ou da vontade de todos,¹³⁹ seria limitada por sua própria natureza; ou seja, por ser genérica e orientada ao interesse comum, submeteria igualmente todos os cidadãos, assegurando igual liberdade. Com isso, o poder soberano, absoluto, sagrado e inviolável, seria degenerado, se o caráter genérico e público de suas deliberações fosse pautado por interesses individuais. Quando a coletividade delibera de forma a perseguir ou onerar um cidadão mais que outro, tornando a questão particular, corrompe a vontade geral.¹⁴⁰

Jean-Jacques Chevallier acredita que essa seria uma passagem em que Rousseau estaria dividido entre o rigor dialético do autoritarismo de Hobbes e o individualismo liberal de Locke, entre o individualismo de seu ponto de partida e o absolutismo democrático, denominado por ele de despotismo da vontade geral e da maioria.¹⁴¹ Rousseau teria erigido uma soberania sem perigo para os governados, a soberania do povo; mas, ao negar as ruínas do absolutismo monárquico, instituiu uma teoria tão exigente quanto a soberania de um só.¹⁴² Ingeborg Maus, entretanto, compreende que relacionar a soberania popular ao absolutismo, estabelecendo que soberania popular seria nada mais que a soberania do príncipe às avessas, é apenas uma forma de demonização da soberania do povo. A soberania popular e a indivisibilidade a ela inerente é tão somente a indivisibilidade do poder legislativo, não a indivisibilidade de todos os poderes; portanto, não há exclusão da separação de poderes, como ocorre no absolutismo monárquico.¹⁴³

¹³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro II, capítulo IV.

¹³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro I, capítulo VII.

¹³⁹ Haveria, pois, duas vontades, a particular e a geral. A vontade de todos seria apenas uma soma das vontades particulares, sempre incapazes de representar a vontade geral, pautada no interesse público.

¹⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro II, capítulo IV.

¹⁴¹ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, p. 173.

¹⁴² CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, p. 173.

¹⁴³ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 209.

Finalmente, Chevallier¹⁴⁴ indagou até que ponto a forte rejeição de Rousseau a um legislativo representativo, aos problemas próprios de reunir o povo com frequência para se opor ao executivo e à conclusão de que o próprio Rousseau chegaria sobre a inadequação de sua teoria a grande Estados teriam condenado o *contrato* à ruína, diante da lógica materialista implacável de Hobbes. Em resposta à sua pergunta, Chevalier diz que as ideias mestras de soberania do povo, da lei como expressão da vontade geral, do fim de sociedades parciais, da suspeita quanto ao executivo penetraram as mentes de numerosos escritores franceses. Com isso, se em 1789 já havia inspirado os constituintes, em 1793 teve sua mais explícita expressão normativa com a constituição jacobina, jamais aplicada.

1.4.2 A divisão do poder legislativo em Sieyès

Teria a França uma constituição? Essa resposta seria negativa caso se reputasse o governo francês como uma monarquia absolutista, como denunciavam os burgueses. Seria positiva, sobretudo para a nobreza, ao considerar a assembleia dos Estados Gerais como expressão de um legislativo dividido em potências, embora bem diferente daquelas descritas por Montesquieu.

Em meio a esse antagonismo político, Emmanuel Sieyès buscou desenvolver uma teoria de governo e de poder legislativo misturando diversos elementos de seus antecessores, mas criando algo muito diverso. Seu principal propósito, ao indagar o que seria o Terceiro Estado, era assegurar que, na assembleia dos Estados Gerais, o Terceiro Estado tivesse a mesma quantidade de pessoas que o Primeiro e Segundo,¹⁴⁵ que os votos fossem computados por cabeça e que a baixa nobreza não pudesse ser elegível como representante do Terceiro Estado.¹⁴⁶ Para isso, Sieyès definiria a nação como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”,¹⁴⁷ e, por titularizar um estatuto diferenciado, os nobres ficariam à parte dessa grande nação, tornando-os um pequeno império, dentro de outro.

¹⁴⁴ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, pp. 194-195.

¹⁴⁵ “Desse modo, é certo que não possa vir a votar nos Estados Gerais, se não tiver uma influência pelo menos igual à dos privilegiados e um número de representantes igual ao das outras duas ordens juntas. (...) O Terceiro Estado pede, pois, que os votos sejam emitidos ‘por cabeça e não por ordem’”. Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu’est-ce que Le Tiers État?*, pp. 15-16.

¹⁴⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu’est-ce que Le Tiers État?*, p. 12.

¹⁴⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu’est-ce que Le Tiers État?*, p. 5.

Sieyès rejeita a crença de que os Estados Gerais seriam intérpretes da vontade geral e, assim, deteriam o poder legislativo, já que reuniriam uma aristocracia composta pelo clero (a Igreja), pela espada (a nobreza) e pela toga (juízes). O modelo da constituição equilibrada inglesa era mais uma obra da circunstância do que das luzes, sendo a câmara alta um “monumento de superstição gótica”. A divisão do legislativo entre o rei, nobreza e povo era equivocada à medida que os nobres e o rei não eram representantes da nação, não sendo nada no poder legislativo, já que somente a nação poderia dar leis para si mesma. Sua durabilidade nada dizia a respeito de sua boa engenhosidade, já que até o despotismo poderia durar eternamente. Antes disso, vigorava na Inglaterra uma lei mais importante do que a Constituição, lei essa que constituiria a verdadeira garantia da liberdade - o julgamento por jurados.¹⁴⁸

Para Sieyès, ainda que houvesse um legislativo dividido em três ordens, sendo esta a constituição francesa, havendo divergência por um deles, seria imperativo um julgamento que solucionasse o conflito.¹⁴⁹ Percebe-se, nessa afirmação, que diante de um conflito entre as partes que compõem o legislativo, Sieyès repudia o mecanismo equilibrado de Montesquieu, em que uma potência, como o rei, é capaz de impedir as demais por meio de um veto absoluto. Essa solução não alcançaria o propósito revolucionário, já que o veto absoluto manteria o *status quo*. Mas quem resolveria a disputa? Sieyès disse que só a moral pode responder. Inicia explicando que a sociedade política é formada em três épocas distintas. Na primeira, os indivíduos reúnem-se formando uma nação, titular de direitos e fonte de todo o poder. Na segunda, os indivíduos querem dar consistência à sua união, dar ação à sua vontade, mas não podem fazê-lo porque são muitos e estão dispersos, por isso, instituem o governo exercido por procuração, o governo representativo. Esse governo não retira da nação sua vontade, por ser inalienável. Não obstante, diferentemente de Rousseau, para Sieyès, a nação pode delegar o exercício dessa vontade a seus procuradores. Esses delegados não têm a plenitude da vontade, sendo dada apenas “a porção necessária para manter a boa ordem”,¹⁵⁰ sendo vedada a alteração dos limites do poder que lhes foram conferidos. Na terceira, já não mais age a vontade comum da nação, mas apenas uma parte dela, expressa por um corpo de representantes limitados. A esse corpo de representantes,

¹⁴⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, pp. 46-48.

¹⁴⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, pp. 52-53.

¹⁵⁰ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, pp. 52-53.

disse Sieyès, é confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, dentro dos termos estipulados pela nação.

A nação, portanto, antecede tudo, só estando acima dela o direito natural. As leis que emanam diretamente da vontade da nação são chamadas fundamentais, porque os corpos que existem não podem tocá-las, assim sendo, a constituição é obra do poder constituinte, e não do poder constituído, por isso são chamadas de fundamentais. Quando o corpo legislativo é formado, ele se move de acordo com as condições constitutivas. A vontade nacional é a origem de toda a legalidade, não se submetendo à constituição, já que é anterior a essa, estando fora do pacto social.¹⁵¹

Se existe dissensão entre os corpos constituídos, como Sieyès explica o desacordo entre os três estados, o conflito não pode ser resolvido por uma das partes, como quer Montesquieu, pois o poder da constituição só pertence ao conjunto (e se uma parte reclama não há mais conjunto). É sempre necessário um juiz supremo para que a anarquia não substitua a ordem e esse juiz seria a nação. Nesse sentido, Sieyès explica que o conflito seria solucionado pelos representantes extraordinários que, diferente dos ordinários, exercerão um novo poder, uma vez que, na realidade, a nação não pode se reunir sempre que circunstâncias fora da ordem comum surjam.

Um corpo de representantes extraordinários supre a assembléia desta nação. Ele não tem, sem dúvida, necessidade de se encarregar da plenitude da vontade nacional; basta-lhe um poder especial, e em casos raros; mas ele substitui a nação independente de toda espécie de formas constitucionais. Não é preciso tomar tantas precauções para impedir o abuso do poder; estes representantes são deputados somente para um único assunto, e por um determinado tempo.

Digo que eles não estão obrigados às formas constitucionais sobre as quais têm que decidir. Primeiro, porque seria contraditório, pois essas formas estão indecisas e eles devem regulá-las; segundo, porque não têm nada a dizer no gênero de assunto para o qual foram fixadas as normas positivas; terceiro, porque estão no lugar da própria nação, tendo que regulamentar a constituição. São como ela independentes. Para eles basta querer como querem os indivíduos no estado de natureza. Sendo eles deputados, se reunindo e deliberando, contando que não ignorem que eles agem em virtude de uma comissão extraordinária dos povos, sua vontade comum valerá pela da própria nação.¹⁵²

Portanto, diante do conflito entre os três Estados, seria necessário o recurso a uma representação extraordinária, já que a nação é quem deveria ser consultada. Essa representação não poderia considerar as ordens pré-estabelecidas e deveria acatar a igualdade de influência pelo cidadão (vontade individual formando a vontade comum) e não

¹⁵¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, pp. 56-57.

¹⁵² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, p. 60.

potências sociais. Sieyès indagaria, então, quem teria a competência de convocar a nação e sua assembleia extraordinária, já que normalmente se trataria de prerrogativa real a convocação do parlamento. Para ele a pergunta estaria mal colocada, porquanto não se trata de saber quem pode, mas se alguém não pode, ou seja, qualquer um. O executivo tradicionalmente poderia fazê-lo por não ter a faculdade de decidir a constituição, aconselhando-se na nação, mas essa não seria uma prerrogativa exclusiva.¹⁵³

Fugindo da proposta inicial de igualdade entre o Terceiro Estado em relação ao Segundo e ao Primeiro, Sieyès passaria então a defender que o Terceiro Estado, sozinho, poderia compor uma assembleia nacional, deliberando em nome de toda a nação, excetuando-se as duzentas mil pessoas representadas pela nobreza e clero. A vontade comum, dizia ele, está na opinião da maioria, expressa pelos vinte e seis milhões de francesas que compõem o Terceiro Estado, e o direito que o Terceiro Estado teria em formar sozinho a Assembleia Nacional seria apoiado na boa lógica. Sendo ele tanto uma ordem como uma nação, seus representantes formariam uma Assembleia Nacional apta a apreciar os problemas da constituição.¹⁵⁴

Sieyès acreditava que a Assembleia constituinte estaria reunida para tratar de temas de interesse comum dos cidadãos e não de assuntos particulares. Para evitar que essa instituição se degenerasse em uma nova aristocracia, além de exigir que os representantes se dedicassem à vontade geral da nação, propugnava a renovação anual de um terço de seus componentes e a proibição da reeleição (pelo menos a inelegibilidade por um longo período após o término do mandato). A exemplo de Rousseau, Sieyès acreditava que a liberdade individual seria resguardada, se a lei fosse abstrata e igualmente aplicada, o que não implicava a abolição das desigualdades próprias das vantagens particulares de propriedade, industriabilidade, sexo, idade ou tamanho: “todos dependem igualmente da lei, todos lhe oferecem sua liberdade e sua propriedade para que as proteja; e é a isto que eu chamo direitos comuns dos cidadãos”.¹⁵⁵ Portanto, a legislação de um povo só deveria estar preocupada com o interesse geral, apenas participando politicamente o que fosse comum do cidadão.¹⁵⁶

¹⁵³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, pp. 65-66.

¹⁵⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, p. 77.

¹⁵⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, p. 83.

¹⁵⁶ Ironicamente, durante a Assembleia Nacional de 4 de agosto de 1789, Sieyès teria se oposto à abolição dos direitos fiscais eclesiásticos.

De todo o exposto, se é verdade que Sieyès retira de Rousseau a soberania como ponto de partida e a metafísica da nação, colocando no Terceiro Estado toda sua unidade,¹⁵⁷ é igualmente verdadeiro que sua teoria sobre os poderes legislativo e executivo, ao admitir que a nação delegue poder à assembleia representativa, a aproxima mais de Montesquieu, ainda que não tivesse qualquer relação com a constituição equilibrada. Nesse ponto, Pietro Costa vai além ao dizer que o esquema representativo de Sieyès, na realidade, teria respeitado integralmente o conceito de representação hobbesiano, embora inserido em um quadro institucional de tipo parlamentar.¹⁵⁸ O *hobbesiano* Sieyès,¹⁵⁹ porém, teria inventado um “quarto poder” que residia unicamente na nação: o poder constituinte.

Vile¹⁶⁰ acredita que existem muitos pontos em comum entre o pleito revolucionário francês de 1789 e os opositores à coroa de 1654, como o ataque aos privilégios, o desejo de limitar a função de mandatário, fosse o rei ou protetor, a execução das leis, o desejo de uma solução intermediária entre o absolutismo real e os excessos democráticos, mas a Revolução Francesa instituiu uma separação pura de poderes que precedeu ao governo da Convenção.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelecia que toda soberania residia na nação e que não haveria constituição sem garantia de direitos ou separação de poderes. É interessante observar, contudo, que embora a Constituição de 1791 tenha estabelecido que a soberania era una, indivisível, inalienável e imprescritível, titularizada pela nação, que a exerceria por meio de seus delegados, como defendia Sieyès, o constituinte organizou o poder legislativo *ordinário* em uma assembleia eleita e colocou o poder executivo nas mãos do rei, que detinha o veto suspensivo (proposta criticada por Sieyès).¹⁶¹ Com isso, embora o poder legislativo constituinte tenha proclamado as características de indivisibilidade da soberania popular, o poder legislativo ordinário seguia os mecanismos de equilíbrio muito semelhantes aos da constituição mista. Os membros da Assembleia Nacional e do Tribunal de Cassação não podiam exercer o cargo de ministros, nem receber postos, dotes, pensões, emolumentos ou comissões do poder executivo. O poder judiciário seria delegado a juízes eleitos pelo povo, sendo vedado ao rei e à

¹⁵⁷ Cf. CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, p. 206.

¹⁵⁸ Cf. COSTA, Pietro. *Pouco, muitos, todos*, pp. 138-139.

¹⁵⁹ Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 208.

¹⁶⁰ *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 208.

¹⁶¹ No terceiro capítulo, as razões de Sieyès contra o veto monárquico serão estudadas com mais detalhe. Os constituintes franceses, em oposição à Sieyès, optaram por um veto suspensivo do rei que poderia ser superado pela aprovação de duas legislaturas sucessivas.

assembleia interferir em qualquer função judicial, no entanto, também era expressamente vedado ao judiciário intrometer-se no exercício do poder legislativo, negar execução às leis ou intervir nas funções administrativas, uma diferença em relação ao sistema de freios e contrapesos norte-americano. Para Vile,¹⁶² inclusive, a vedação da judicatura para exercer a função administrativa e legislativa foi um dos pontos mais marcantes da Constituição de 1791, sendo copiado pelas constituições seguintes. Com isso, a Assembleia Constituinte estabeleceu a base de uma das características mais distintas do direito francês: a separação entre jurisdição e administração e, embora tenha justificado sua postura na separação de poderes, era, para Vile, uma prática enraizada no *Ancien Régime*.

Nos anos tumultuados que se seguiram na França, com o governo da Convenção (acusada de exercer um poder supremo e ilimitado) e o regime do Terror, começaram a surgir vozes que, como Boissy d'Anglas, rechaçavam a ideia de que a soberania popular implicava a fixação de um canal único para o poder estatal. A proposta girondina de constituição, todavia, esboçada por Condorcet, ao estabelecer a separação de poderes, aludia à Declaração de 1789, fazendo com que sua base de legitimação estivesse na lei e não no equilíbrio entre os poderes, aproximando-a de Rousseau e afastando-a de Montesquieu. Condorcet, segundo Vile, teria se inspirado na Constituição da Pensilvânia e, ao prescrever que o Conselho Executivo poderia ser eleito diretamente, de certa maneira, estaria limitando o poder legislativo da Assembleia. Nesse sentido, Vile acredita que Condorcet tentava dar contornos reais ao que Rousseau havia escrito, ao dizer que um grupo de pessoas estabelecia *a vontade* e o outro a colocava *em prática*, sem converter-se em um ente autônomo.¹⁶³

Em 1793, o projeto girondino de Condorcet foi rejeitado e substituído por um executivo submetido ao legislativo, em que os membros do Conselho Executivo seriam eleitos indiretamente. Mas os dilemas de estabelecer formas de controle da tirania e de limitar o poder ainda não haviam sido superados, no que Boissy d'Anglas continuava a criticar a concentração de poderes da Assembleia: “cada vez que se unem ou se confundem uns com os outros, a liberdade chega a seu fim e nada resta a não ser o despotismo”.¹⁶⁴ O mesmo sugeriria à comissão constitucional medidas como proibir o legislativo de exercer a

¹⁶² VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 211.

¹⁶³ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, pp. 216-217.

¹⁶⁴ Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 219.

função executiva ou judicial, criando um diretório composto por cinco membros externos à Assembleia. Outro parlamentar, chamado Ehrmann, teria ainda sugerido a instituição do veto, anteriormente abolido, mas a proposta foi fortemente rejeitada.¹⁶⁵ A resposta foi a instituição do governo do diretório e a instituição de um mecanismo bicameral, como instrumento de controle do legislativo.

Ao analisar a participação de Sieyès na Constituição de 1795, Vile enumera três problemas que precisavam de resposta: a) distribuir as funções do Estado em distintas instâncias; b) evitar os abusos de poder de qualquer uma delas, e c) assegurar que essa separação de poderes não fosse destruída, sem recorrer ao sistema de freios e contrapesos de Montesquieu, que, para Sieyès, produziria um perpétuo estado de guerra civil e anarquia. O problema, assim, seria controlar o exercício do poder sem destruir o governo. A resposta de Sieyès estava em organizar quatro corpos representativos eleitos, o governo (responsável por iniciar a legislação e fiscalizar o executivo), o *tribunat* (responsável por fiscalizar o governo e sugerir medidas ao legislativo), o legislativo (responsável por decidir os encaminhamentos do governo e do *tribunat*) e o jurado constitucional (responsável por solucionar as denúncias de inconstitucionalidade contra o legislativo). Esse modelo não foi aprovado pela Convenção e, na época, foi encarado por Thibaudeau como um sistema de equilíbrio dissimulado.¹⁶⁶ O recurso de Sieyès, entretanto, a um júri constitucional já demonstra uma mudança em sua teoria que, anteriormente, obrigava o recurso ao poder constituinte sempre que houvesse desacordo entre os poderes do Estado. Mantém, porém, sua coerência em acreditar que um juiz deveria se erigir diante de um dilema constitucional.

Vile¹⁶⁷ crê que o dilema proposto por Sieyès só seria respondido bem mais tarde. A restauração monárquica de 1814 significou a restauração da constituição mista, vista por Chateaubriand como um tratado de paz entre o *Ancien Régime* e a Revolução, sendo a *Charte*, outorgada por Luis XVIII, uma tentativa de estabelecer um governo equilibrado. Logo, teóricos como Royer-Collard e Guizot viram no governo representativo ministerial o desenvolvimento mais elevado da antiga teoria do governo misto, em que a antiga separação pura de funções dava espaço à “fusão” entre os poderes. Contudo, é somente com a monarquia constitucional de Benjamin Constant que todos os elementos da obra de

¹⁶⁵ Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 219.

¹⁶⁶ Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 221.

¹⁶⁷ Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, pp. 227-230.

Sieyès estariam conciliados. Visto por Vile como um teórico do governo misto, Constant sabia que a separação de poderes era tão importante quanto a cooperação, de modo que seria admissível que os ministros pertencessem ao legislativo de forma restrita e pequena, sendo um dos predecessores da teoria clássica de sistema parlamentar. Ele organizava os poderes em executivo, legislativo, judicial e real. O poder real, ao separar-se do executivo, era um poder neutro responsável por manter a harmonia entre os demais poderes, sendo sua prerrogativa o uso do veto, da dissolução, da destituição dos ministros e do indulto. Assim sendo, ao conciliar a separação de poderes, as barreiras contra o abuso de poder e o exercício da autoridade estatal, Constant teria superado Sieyès com aquilo que ele sempre repudiou – a teoria do equilíbrio.¹⁶⁸ Mas não seria correto afirmar que a teoria pura da separação de poderes estava morta, ao contrário. Todas as vezes que as críticas ao governo mistas, sobretudo relacionadas às denúncias de corrupção e de sufrágio limitado, afetavam sua popularidade, a doutrina da separação pura surgia como alternativa rival. Com a revolução de 1848, as duas teorias se entrelaçaram em um intrincado desenho que converteu o governo equilibrado em um governo parlamentar, dando à monarquia inglesa uma função cerimonial e, na França, um caráter republicano, de forma que o elemento do governo misto, próprio da constituição equilibrada, ficou praticamente suprimido, ao passo que a separação de poderes seguiu como prescrição fundamental na composição dos sistemas de governo do mundo ocidental, ainda que a doutrina pura tenha sido substituída por sistemas complexos que bebiam das fontes teóricas do governo equilibrado.¹⁶⁹ Vários conceitos, assim, foram extraídos a partir da experiência revolucionária francesa: o governo precisava de uma separação harmônica (e não pura) de poderes, os mecanismos de freios e contrapesos não poderiam propugnar uma natureza aristocrática ou de privilégios sociais, e a nação (depois povo) deteria o poder soberano. Além dessas, agrega-se a teorização do poder constituinte e sua dissociação dos poderes constituídos como uma das maiores contribuições à filosofia político-constitucional.

Sieyès estabeleceu uma base de limitação do poder constituído, nele estando também o legislativo, pela vontade constituinte de uma nação representada em uma assembleia própria, não pelos direitos naturais, como queria Locke, por outros poderes concorrentes, como queria Montesquieu, ou pela vontade geral de cada cidadão, como

¹⁶⁸ Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 230.

¹⁶⁹ Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 234.

queria Rousseau. Ao estabelecer uma hierarquia entre o poder do povo concedido a seus representantes constituintes e aos demais delegados, deflagra-se uma ampla discussão até os dias presentes sobre a exigência ou não de assembleias constituintes especialmente convocadas para a promulgação de constituições legítimas, sobre os limites (ou não) do poder originário, sobre os limites do poder de reforma constitucional e dos poderes ordinários do legislador, dentre outros. No entanto, o aspecto a se enfatizar em Sieyès é acreditar que o equilíbrio entre os poderes, exercido por um veto executivo, não seria apropriado para solucionar a desarmonia entre os poderes, competindo essa função ao poder constituinte, ou seja, à nação. Como determinar, porém, aquilo que a nação deseja? Ao defender um governo representativo, Sieyès assumiria todas as críticas de Rousseau à impossibilidade de delegação da vontade. O próprio Rousseau, porém, não esclarecia como sua teoria seria adaptada a grandes nações. A solução de Sieyès é que a nação criaria sua constituição não diretamente, mas por meio de seus representantes constituintes. Não se trata, portanto, de uma teoria na qual a nação pode restringir o legislativo ordinário. Se trata, na verdade, de uma teoria na qual *um* legislativo, que fala em nome da nação, é eleito com amplos poderes para restringir todos os outros poderes. Se ele exprime ou não o desejo da nação, não se sabe ao certo, porque o governo representativo não é capaz de traduzir com confiança plena aquilo que constitui o verdadeiro desejo da nação, traduz, na melhor das hipóteses, aquilo que constitui o desejo dos legisladores constituintes. Esse, porém, é um problema que recai em qualquer procedimento coletivo de tomada de decisão.

Diante de um conflito entre as três ordens, só a nação poderia atuar como árbitro da disputa. Para isso, seriam necessárias eleições gerais e a convocação de uma constituinte. No entanto, na medida em que diversas constituições francesas foram se sucedendo, Sieyès parece ter concluído que o poder constituinte, responsável em pôr ordem ao tumulto entre os poderes constituídos, poderia ser exercido por outros órgãos, como o júri constitucional e o senado conservador, além da assembleia constituinte, violando a indivisibilidade do poder legislativo constituinte. A nação continuaria a ser a juíza constitucional, mas se expressaria em diferentes espaços de poder. A questão é que a constituição equilibrada e o poder de veto absoluto do rei não seriam capazes de solucionar a ambição de Sieyès, visto que sua intenção não era resolver o dilema entre as três ordens, mas sim abolir duas delas, o que só seria possível com uma nova constituição. A divisão do poder legislativo constituinte,

todavia, pareceu adequada na medida em que a monarquia conservadora foi expulsa do governo.

A divisão do poder entre constituinte e constituído, assim, está direcionada a determinar como fala a nação, em como essa fala restringe os poderes constituídos, sobretudo o legislativo ordinário e o executivo. Essa fala, porém, em um primeiro momento é monopolizada pela assembleia soberana, única, que dá voz à nação, que identifica e torna real a vontade comum, em um tempo e espaço. Por essa razão, não deixa de ser curioso constatar que aqueles que sempre se opuseram ao arbítrio e ao despotismo do absolutismo real não tenham visto os mesmos males no absolutismo das assembleias constituintes.

É verdade, como lembrou Ingeborg Maus,¹⁷⁰ que a soberania popular descrita por Rousseau refere-se ao supremo poder de legislar, sendo inerente a ela a separação de poderes. Mas a advertência de Montesquieu de que é preciso um poder para limitar outro continua viva. Se o poder legislativo soberano, violando a natureza abstrata de sua função legiferente, passa a praticar atos de julgamento e execução, como a emissão de decretos, como lhe fazer oposição? O bicameralismo foi uma alternativa para contornar esse problema, mas, diante da indivisibilidade da soberania, essa medida foi repudiada em assembleias constituintes. Neste ponto, a teoria jusnaturalista de Locke responderia melhor ao problema. Mas, não reconhecendo a existência de direitos anteriores à constituição (ideia completamente estranha aos ingleses), como seria possível controlar um poder que, por sua natureza, seria ilimitável? Iniciar-se-ia, então, uma discussão sobre o controle do poder constituinte originário ou seu completo repúdio, em nome de um absoluto democrático.

1.5 DUAS VISÕES SOBRE O PODER LEGISLATIVO: A SEPARAÇÃO DE PODERES EQUILIBRADA E HIERÁRQUICA

O estabelecimento da supremacia legislativa e o desenvolvimento da teoria de separação de poderes foram as maiores estratégias desenvolvidas, na modernidade, de oposição às teorias monárquicas absolutistas. Enquanto o povo titularizava o poder legislativo para Rousseau, para Locke, nas sociedades bem organizadas, esse poder era dado pelo povo a uma assembleia; enquanto Rousseau propugnava que o legislativo sempre seria

¹⁷⁰ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 209.

exercido coletivamente, para Locke, poderia ser delegado a uma ou várias pessoas, porém, nas monarquias moderadas e em governos bem constituídos, diferente das absolutistas, legislativo e executivo deveriam estar em mãos distintas.¹⁷¹ Com isso, se a separação de poderes em órgãos distintos era um traço de equilíbrio do governo em Locke, tornava-se um imperativo na teoria de Rousseau, já que não existiria governo em que todos legislariam e executariam suas deliberações: “não será bom que aquele que faz as leis as execute, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos desígnios gerais para emprestá-la aos objetivos particulares”.¹⁷²

As teorias de supremacia legislativa, portanto, são melhor compreendidas quando se tem em mente que não se tratava de um mecanismo de concentração do poder nas mãos de um único órgão parlamentar. O poder legislativo era supremo na medida em que subordinava as funções judiciais e executivas às suas prescrições normativas. O legislativo era o espaço onde o povo ou a nação constituía o governo e as leis, estabelecendo seus limites e os direitos dos cidadãos, mas legislar significava algo distinto de julgar e executar. Como a vontade geral era exercida por todas as pessoas, tornava-se impossível que o universo de indivíduos que legislam se confundisse com o universo de indivíduos que executam, eles logo delegariam a função executiva a um grupo menor. Entretanto, em teorias de representação legislativa, a princípio, seria faticamente viável que as funções legislativa e executiva estivessem unificadas em uma única assembleia, como demonstrou o *Long Parliament* e o período da Convenção francesa. A separação de poderes, assim, mais do que estabelecer uma distinção entre funções legislativas e executivas, significava a expressão de um governo moderado, determinando que as funções fossem exercidas por órgãos ou pessoas distintas.

A Constituição inglesa conferia ao monarca tanto o poder legislativo quanto o executivo, com o princípio do *king in Parliament*; relativizando a separação, no entanto, esse mecanismo visava ao controle interno do poder legislativo. Não se tratava em afirmar que o executivo era hierarquicamente igual ao legislativo, não era. Não se tratava em dizer que executivo poderia agir à revelia do legislativo, não podia. Quando Montesquieu disse que é necessário que um poder freie outro, ele não disse que todos os poderes são iguais em *status*, ele disse que todos precisam ser igualmente controlados. Se as funções do governo

¹⁷¹ Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, capítulo XIII, §153 e capítulo XIV, §159.

¹⁷² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro III, capítulo IV.

são exercidas pela mesma pessoa, órgão ou potência, o resultado é a tirania, arbítrio e opressão. Só que Montesquieu vai além ao dizer que *dentro* do poder legislativo é preciso que igualmente haja controle, expresso pelas três potências da constituição mista. Locke explicou bem essa distinção, como foi anteriormente citado, mostrando que o poder executivo, por si só, é subordinado ao legislativo, a não ser que o executivo tenha uma parcela de poder dentro do legislativo. A autoridade do rei para impedir a aprovação de uma legislação que lhe seja desfavorável, portanto, não decorria do poder executivo, mas de sua participação no poder legislativo. Observa-se, assim, que o poder de vetar a legislação estaria relacionado à divisão da autoridade legislativa.

O mecanismo interno de controle do legislativo, para Rousseau, restringia-se a desconsiderar a vontade particular na criação da vontade geral, determinando que os cidadãos expressassem sua vontade com base no interesse público. É um legislativo mais poderoso que o de Locke ou Montesquieu, porque não precisa estar adstrito aos direitos naturais de Locke nem se encontra dividido em potências sociais. Ao estabelecer novas bases de legitimação da supremacia parlamentar, John Locke acreditava que nem mesmo a primeira legislatura humana seria ilimitada. O consentimento dado por cada cidadão ao poder de outrem conteria um conjunto de liberdades e princípios que o integravam, como os direitos naturais, a conservação, a propriedade ou a decisão majoritária, todos esses direitos naturais eram partes integrantes da constituição histórica e não podiam ser ignorados por qualquer tipo de assembleia parlamentar ou popular. Se algum homem discordasse do conteúdo de direitos que estariam integrando o pacote do consentimento da teoria Locke, caberia ao legislativo dirimir a controvérsia. Para superar esse problema, talvez fosse possível definir que os juízes fiscalizassem a legislatura, mas Locke não fez isso. Ainda que ele reconhecesse o conteúdo aberto dos direitos naturais; ainda que ele reconhecesse que a separação das funções executiva e legislativa cumpria um papel essencial para a instituição de um governo moderado; ainda que ele reconhecesse que os poderes de veto e de prerrogativa do rei agissem como um fator de equilíbrio da constituição, ele não reconheceu que a prerrogativa colocava o executivo em uma relação de igualdade com o legislativo, como se houvesse algum limite institucional externo. Diversamente de Montesquieu,¹⁷³ Locke disse expressamente que o legislativo era o único poder supremo

¹⁷³ Ainda que não haja razões para crer que Montesquieu pensasse diferentemente.

(não existindo outro) e que quando esse agisse contrariamente à confiança nele depositada, caberia ao *povo* o poder supremo de destituir o legislativo e fazer voltar às mãos daquele que o concedeu. Assim, Locke concedeu ao povo, e não aos magistrados ou reis, o poder de resistir ao legislativo.¹⁷⁴ O povo como poder supremo só teria lugar depois que o governo fosse dissolvido, pois enquanto subsistisse o governo, o legislativo seria o poder supremo. Quer-se afirmar, portanto, que quando Locke refere-se ao conceito de poder supremo, refere-se ao supremo poder de legislar. A ideia de um poder supremo ou soberano não se confundia com arbitrário,¹⁷⁵ porque até o mais fundamental de todos os poderes, o poder supremo do povo, era exercido para se alcançar um fim, a preservação da comunidade, de modo que nenhum homem seria obrigado a se submeter ao poder de outrem, se essa finalidade não fosse satisfeita. Em outras palavras, como o homem não poderia consentir com qualquer coisa a seu bel-prazer, tampouco o poder supremo poderia fazê-lo.

Nesse ponto, a teoria de Locke vai radicalmente divergir da ideia de Rousseau sobre o poder do povo. Ambos concordam que a origem de um governo legítimo reside no povo. Locke, porém, afirmou que “homem algum ou sociedade alguma de homens [tem] o poder de ceder a própria conservação, ou, conseqüentemente, os meios para tal, à vontade e ao domínio arbitrário de outrem”.¹⁷⁶ Os homens sempre conservam aquilo que não podem ceder, sendo essa verdade sagrada e inalterável. Já Rousseau escreveu que, apesar de a conservação ser o fim do tratado social, é forçoso reconhecer que, muitas vezes, para se conservar a vida, era preciso dá-la, de forma que “quem deseja conservar sua vida à custa dos outros, também deve dá-la por eles quando necessário”.¹⁷⁷ Em Rousseau, portanto, não é o homem que conserva em si o direito, mas a coletividade. O juiz do sacrifício ou não da conservação é a vontade geral, não o indivíduo. Ambos diriam que o povo não governa, apenas legisla direta (Rousseau) ou indiretamente (Locke), mas o povo de Locke, por estar

¹⁷⁴ É necessário lembrar que o legislativo de Locke não era um poder permanente como é nos dias de hoje. O monarca era o supremo executor e parte integrante do legislativo. Na maior parte do tempo, o rei exercia suas funções sem que houvesse outro legislativo e, de fato, nenhum legislativo estava acima dele, porque ele era parte integrante. Toda lei dependia de seu consentimento. Nesse aspecto, ele é supremo por integrar o legislativo, impedindo que a outra parte do legislativo pudesse sujeitá-lo. Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*, Capítulo XIII, §151.

¹⁷⁵ O poder arbitrário decorria da ausência de leis, promulgadas e fixas, aplicadas por juízes fixos conhecidos e autorizados. O poder absoluto também não era necessariamente arbitrário, se estivesse limitado pela razão e restrito aos fins, já o poder despótico era absoluto e arbitrário por dar ao homem o poder de tirar a vida quando quisesse, sendo que esse poder não era legitimado nem pela natureza. Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*, Capítulo XI, §§136 e 139 e Capítulo XV, §172.

¹⁷⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*, Capítulo XIII, §149.

¹⁷⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro II, capítulo V.

adstrito aos princípios que motivam a criação da sociedade civil, institui um legislativo limitado, já que seu consentimento constituinte é limitado. Já a vontade geral de Rousseau seria materialmente ilimitada, sendo restrita apenas pelas convenções gerais, isto é, por sua natureza essencialmente igualitária.¹⁷⁸ Locke, por sua vez, diz que todo poder é limitado, inclusive o poder do povo, mas o povo só age quando não há mais governo, apenas renova o consentimento. Não existindo governo, não existe legislativo e volta-se ao estado de natureza, no qual cada um é juiz do direito natural e esse não é, logicamente, o ambiente que Locke vai considerar que os direitos naturais são mais bem protegidos, muito pelo contrário, este lugar é a legislatura.

Sieyès, a exemplo de Rousseau, repudiava que uma constituição pudesse ser instaurada por um consentimento constituinte histórico e limitado, como queria Locke, de modo que seria impensável alguém concluir que a legislatura composta pelos Três Estados pudesse ser, de alguma forma, resultado do consentimento dos franceses; por isso, exigia a convocação de uma assembleia nacional composta por representantes eleitos. O problema é que, se o consentimento de Locke estava sujeito a um problema de interpretação, também estava o poder constituinte. Por ser ilimitado e capaz de se manifestar sobre qualquer forma, determinar quando ele ocorreria também seria uma questão de interpretação, especialmente, ao dizer que o poder constituinte só se manifestaria por uma assembleia de representantes eleitos, em um congresso ou nos termos estabelecidos previamente pelo poder constituído, que o disciplinaria procedimentalmente.

Admitir, portanto, a limitação do legislativo era algo diferente de admitir sua limitação por outra instituição. Talvez, a melhor teoria que explicasse a crença entre poderes separados, mas *iguais*, aptos a se anularem reciprocamente, fosse a de Sieyès, que, ao dividir o legislativo em dois, considerava todas as funções igualmente constituídas e retirava desta segunda assembleia legislativa a autoridade plena do povo. Os norte-americanos desenvolveram bem esse raciocínio, ao dizer que a autoridade legislativa máxima do povo não estava no legislativo, representado pelo Congresso, mas na constituição, substituindo a supremacia legislativa pela supremacia constitucional. Contudo, adaptaram os mecanismos de controle legislativo de Montesquieu e dos ingleses, instituindo freios e contrapesos recíprocos. O controle do poder legislativo não era realizado por potências sociais distintas

¹⁷⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro II, capítulo IV.

ou pelo monarca, mas pelo presidente, pelo federalismo e, mais tarde, pela Suprema Corte. A outorga da autoridade legislativa negativa à Suprema Corte dos Estados Unidos, a exemplo da Coroa inglesa, foi um dos traços mais distintivos entre o constitucionalismo inglês e o americano. A separação de poderes nos Estados Unidos, negando a divisão de trabalho entre os poderes, acabou por conferir a soberania legislativa também ao ramo judicial, afastando-se da concepção de Montesquieu.

A teoria de Sieyès, ainda que classificasse a autoridade legislativa em constituinte e constituída, não aceitava a faculdade de impedir do rei ou da corte, própria da separação equilibrada de poderes. Sendo um teórico da soberania popular, *todo* governo precisava estar adstrito à vontade do povo. Logo, o instituto do veto dava espaço à admissão de um juiz popular que julgasse o conflito entre os poderes do Estado. Em um primeiro momento, Sieyès viu que esse juiz era a assembleia constituinte, posteriormente, o viu no júri constitucional e no senado conservador. Nessa perspectiva, os poderes não eram controlados entre si, mas pelo povo.

Talvez fosse possível constatar que a divisão do legislativo em potências significasse a expressão retrógrada de uma sociedade estamentada, como pensava Sieyès e Rousseau. Montesquieu, porém, replicaria dizendo que a representação de uma única potência no legislativo levaria à tirania e ao despotismo, porque não haveria neutralização política. Essas palavras poderiam ser reinterpretadas de modo a reconhecer que a constituição de um governo moderado exigiria barganha entre as forças sociais e, se antigamente era temida a tirania do *baixo povo* sobre nobres e clérigos, por ser mais numeroso, a preocupação das atuais repúblicas igualitárias recairiam sobre o risco da tirania de uma maioria parlamentar pela minoria. Por essas e outras razões, os norte-americanos procuraram construir uma estrutura legislativa bicameral que, em vez de expressar potências, resguardasse os interesses dos Estados, no Senado, e da população, na Casa dos Representantes, e nem mesmo sua constituição, apesar de sofrer um processo de ratificação popular, foi decidida majoritariamente ou redigida por representantes eleitos para esse fim.

Do exposto, pode-se observar que a teoria da separação equilibrada de Montesquieu não está comprometida com a vontade majoritária do povo. Apesar de o critério majoritário ser um princípio de decisão parlamentar, a constituição do povo (que não surge por meio de uma assembleia majoritária, mas pelo consentimento) cria um legislativo capaz de frear poderes hegemônicos, devido a um complexo processo de

representação. Sieyès talvez respondesse que todo controle da vontade majoritária dos representantes do povo, expressa em uma constituinte, seria apenas uma tentativa de controle de uma aristocracia sobre os demais cidadãos, ferindo a igualdade. No final, a controvérsia entre a doutrina francesa e inglesa repousaria em discutir se o legislativo¹⁷⁹ deveria se comprometer, antes de tudo, com um governo moderado ou se o legislativo deveria se comprometer, antes de tudo, com a vontade da maioria.

Essas duas visões, que originaram dois pilares distintos da teoria da separação de poderes – o equilíbrio e a soberania popular, vivem em conflito até os dias atuais, sendo inúmeras as tentativas de conciliação. Se a soberania popular era argumento de legitimidade do governo, recorrendo à autoridade do povo, o equilíbrio era um mecanismo de temperamento, anulação e controle de qualquer poder, concebido para proteger qualquer parte do povo contra outra. Assim, a princípio, a soberania popular inseria uma assimetria, hierarquia ou ordem na separação de poderes, sujeitando todos os poderes ao legislativo (ou ao poder constituinte, máxima expressão legislativa), já que o governo deveria se submeter ao povo, único soberano. A assunção da indivisibilidade da soberania, em última análise, impediria que outros poderes, como o executivo ou o judiciário, exercessem qualquer parcela da soberania popular, isto é, pudessem legislar de alguma forma, como era compreendido o poder do veto.

Nas décadas seguintes, nos Estados Unidos, o uso da separação de poderes como instrumento do povo contra o governo foi transposto como um meio de proteção da minoria contra a maioria, expressa no Congresso americano, em termos um pouco diferentes do que pensava Montesquieu. Vendo o Parlamento britânico com desconfiança e desaprovando a conduta das assembleias legislativas de seus recém-criados Estados, os federalistas preferiram optar por uma teoria de separação de poderes moderada, na qual o poder de veto judicial, ou de declarar nula uma lei, funcionaria como um recurso a mais de fiscalização legislativa, além do veto presidencial.

Infelizmente, agir com moderação e cumprir os desejos do povo são circunstâncias que nem sempre caminham juntas; em casos assim, os Fundadores optaram por sacrificar essa última.

¹⁷⁹ Aqui compreendido como a autoridade delegada do povo para instituir e organizar o governo, como quer Locke ou como assembleia constituinte soberana, como quer Sieyès.

2 UMA CONSTITUIÇÃO PARA SALVAR O POVO DE SI MESMO

2.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES NOS ESTADOS UNIDOS: UMA ADAPTAÇÃO DA TEORIA DE EQUILÍBRIO DE MONTESQUIEU

Ainda que a Constituição dos Estados Unidos não tenha previsto expressamente o controle de constitucionalidade judicial das leis aprovadas pelo Congresso, desde a Convenção, a opção pelo veto ao legislativo já era objeto de preocupação dos Fundadores. Madison advertia os convencionários que a experiência em todos os Estados havia evidenciado uma poderosa tendência da legislatura em absorver todo o poder em seu vórtice, sendo essa a real fonte de perigo às constituições americanas. Para evitar que tal apreensão se concretizasse, era necessário dar a cada departamento autoridade para defender-se das intromissões do legislativo.¹⁸⁰ Compartilhando da mesma preocupação, o governador Morris, representante da Pensilvânia, ponderou que algum controle da legislação era necessário, a questão era saber em que mãos ele deveria ser depositado.¹⁸¹

Morris conjecturou que o poder executivo deveria naturalmente exercer essa tarefa, mas havia uma diferença entre a monarquia inglesa e o presidencialismo americano: a transitoriedade e a debilidade dos meios de defesa do presidente as tornavam mais vulneráveis que o rei para resistir às investidas do legislativo e, em sua perspectiva, mesmo o apoio do judiciário talvez não fosse capaz de suprir essa deficiência. A legislatura deveria ser confiada a guardiões da liberdade apropriados, de forma que, se leis ruins fossem aprovadas, um forte controle deveria ser exercido. O problema de confiar ao povo essa tarefa era que havia matérias, como a remissão de papel moeda ou perdão da dívida, que gozavam de popularidade; em casos assim, as medidas populares acabariam coincidindo com os interesses da própria legislatura, tornando pouco provável que o povo não se enganasse ou que não fosse induzido a erro.¹⁸²

O judiciário, portanto, era visto como um departamento de reforço do executivo contra o ramo legislativo. Madison afirmou que a experiência os teria ensinado a desconfiar

¹⁸⁰ Cf. KETCHAM, RALPH. *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*, p. 121.

¹⁸¹ KETCHAM, RALPH. *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*, p. 122.

¹⁸² KETCHAM, RALPH. *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*, pp. 122-123.

da segurança decorrente da discriminação constitucional das competências entre os poderes, sendo imperioso que se introduzisse um balanço de poderes e interesses que garantisse as provisões escritas na constituição. Isso não geraria, segundo ele, uma mistura entre os poderes, apenas edificaria barreiras para mantê-los separados. Para embasar sua opinião, Madison exemplificava a previsão da Constituição inglesa, que admitia que juízes tivessem assento na legislatura e na composição do Conselho Executivo, mas dava especial relevo em ressaltar que o poder de veto do executivo na legislação, buscando assegurar a preservação do todo. Assim, as críticas contra a união do executivo e judiciário não tinham fundamento.¹⁸³

Endossando a opinião de Madison e Morris, coronel George Mason, delegado da Virgínia, via no *check and balances* uma forma de desencorajar a aprovação de leis propostas por demagogos, desde que a lei fosse opressiva e perniciosa. Caso a legislação não se enquadrasse claramente nessa descrição, os juízes deveriam lhe dar curso livre (*free course*).¹⁸⁴ A posição que Mason já expressava nos debates da Convenção era uma das características do *judicial review* que foi se perdendo no decorrer da história americana, isto é, o judiciário só poderia declarar a inconstitucionalidade de lei em casos flagrantes e absurdos, na dúvida, a legislação deveria ser preservada.

Nem todos, porém, concordavam com essa união entre o executivo e o judiciário. L. Martin, delegado de Maryland, considerava a associação uma inovação perigosa. Para ele, o conhecimento da humanidade ou qualquer questão legislativa não era melhor conhecida por uma alta corte de juízes do que pela legislatura. Se o judiciário e executivo se unissem, haveria uma dupla revisão negativa e, sendo necessário que o supremo judiciário tivesse a confiança do povo, ela logo seria perdida, se eles se ocupassem da tarefa de se colocar contra as medidas populares dos legisladores.¹⁸⁵

Com isso, durante os debates de ratificação da Constituição, o modelo de separação de poderes apresentado pelos federalistas foi acusado de acumular perigosamente os departamentos, revelando uma tendência temerosa. Isso levou James Madison, em diversas ocasiões,¹⁸⁶ a justificar que a separação de poderes nos Estados Unidos preservava, em essência, a liberdade descrita por Montesquieu. O fundamento de Madison era que os

¹⁸³ KETCHAM, RALPH. *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*, p. 124.

¹⁸⁴ KETCHAM, RALPH. *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*, p. 124.

¹⁸⁵ KETCHAM, RALPH. *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*, p. 124.

¹⁸⁶ Cf. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 10, 47 e 48.

poderes, na Inglaterra, nunca haviam sido completamente separados e distintos uns dos outros, já que o executivo fazia parte do legislativo e o legislativo tinha um conselho executivo, além de ter juízes intimamente vinculados a si. De acordo com Madison, quando Montesquieu disse que os poderes precisavam estar separados, ele não quis dizer que não haveria “ingerência parcial” de um sobre o outro ou que não haveria controle mútuo dos respectivos atos, o que ele quis dizer é que todo o poder de um ramo não deveria estar concentrado nas mesmas mãos que seguram todo o poder do outro. Assim, o rei não poderia ser o único magistrado executivo e legislativo. Porém, certo grau de *mistura* deveria ser tolerada, uma vez que nunca os diversos ramos do poder foram absolutamente separados e distintos.¹⁸⁷

Madison explicou que sua tarefa era proporcionar uma segurança contra as invasões de um poder por parte do outro e que, nas repúblicas, o maior risco de tirania e abuso estava no legislativo.¹⁸⁸ O receio de um legislativo despótico também levou Hamilton a concluir que, em função de sua natureza, o judiciário era o departamento mais fraco, fato esse que teria sido reconhecido por Montesquieu ao referir-se a ele como um poder “quase nulo” ou “quase nada”, circunstância que dissiparia o medo dos cidadãos de serem privados de suas liberdades.¹⁸⁹

Não obstante, tanto Madison como Hamilton distorceram Montesquieu na tentativa de salvaguardar suas próprias concepções de *check and balances*. A nulidade do poder judiciário de Montesquieu não era uma constatação da natureza, como dizia Hamilton, mas decorria do fato de o judiciário não participar da vontade legislativa. O judiciário nada podia fazer para se contrapor ao legislativo ou ao executivo, porque sua tarefa não era vetar a legislação e sim aplicá-la. Disso decorria sua desimportância. Sua importância era evitar que o executivo ou o legislativo aplicassem a lei. Quando os federalistas outorgaram o poder legislativo negativo ao judiciário, ou, nas palavras de Ingeborg Maus, dividiram a soberania,¹⁹⁰ afastaram-se das palavras de Montesquieu e as razões que faziam do judiciário um poder *fraco* não mais estavam presentes. A intenção de Madison ou Hamilton foi compensar essa debilidade, no entanto, ao fazê-lo, sujeitaram a lei

¹⁸⁷ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 47.

¹⁸⁸ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 48.

¹⁸⁹ “The simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power”. Cf. HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 78.

¹⁹⁰ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 202.

à justiça e não a justiça à lei, como queria Montesquieu.¹⁹¹ Para Maus, a desvinculação do reino dos juízes à lei foi uma das razões do nazismo, tendo a justiça sido sincronizada com o modo de pensar nazista por intermédio de cláusulas gerais e métodos jurídicos. Sendo uma teórica defensora da soberania popular, Maus acredita que a teoria democrática de Estado de direito não deveria admitir a independência judicial, sem vinculação à lei. O problema dos juízes seria o mesmo problema da coroa, pois não existiria recurso verdadeiro de resistência contra a arbitrariedade judicial. Logo, há muito teria sido alcançado aquele estado que Montesquieu caracterizaria como despótico.¹⁹²

Observa-se, assim, que os americanos nada mais fizeram do que outorgar o veto executivo também ao poder judiciário. No veto judicial, como imaginaram os federalistas nos primórdios da república, a decisão declarava a lei nula, atuando como verdadeiro legislador negativo. A diferença é que, no modelo do *King in Parliament*, não haveria lei sem sanção real, no caso americano, a lei se formalizava independentemente da vontade judicial. O poder judiciário era um poder de cassação, mas isso não mudava o fato de os juízes exercerem parte do poder legislativo. O que mudava era que Montesquieu havia imaginado uma teoria de equilíbrio onde a liberdade era preservada pela ausência de uma lei sectária. Já na separação de poderes dos federalistas, a lei sectária poderia ser apta a gerar efeitos, pois eram céticos quanto ao poder de veto do presidente, portanto, o poder judiciário seria a última fronteira de defesa da liberdade. Como a lei não era condicionada à sanção judicial, tal como era condicionada à sanção executiva, a estratégia era controlar a legislação a partir da constituição, instituindo a supremacia constitucional como elemento necessário do veto judicial. Logo, no início da república norte-americana, o veto dos juízes era exercido para controlar negativamente a legislação, declarando nulas as leis que contrariassem *explicitamente* as cláusulas previstas na constituição escrita.

¹⁹¹ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 202.

¹⁹² MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 219.

2.2. O JUDICIAL REVIEW NOS PRIMÓRDIOS DA REPÚBLICA NORTE-AMERICANA: DECLARAR NULO UM ATO REPUGNANTE À CONSTITUIÇÃO

A Constituição dos Estados Unidos é emblemática não apenas por simbolizar a primeira constituição escrita moderna, por instituir pela primeira vez a forma federativa de Estado ou o sistema de governo presidencialista, mas também por ser a fonte que originou um dos melhores debates da história da filosofia política e teoria constitucional. Desde sua fundação, os Estados Unidos têm debatido o que significa uma constituição e quem a decide.¹⁹³ Foram os Estados Unidos, também, que criaram e desenvolveram a teoria do *judicial review*, permitindo que o poder judiciário pudesse revisar os atos aprovados pelo poder legislativo, tornando-os nulos quando considerados contrários à constituição, cedendo aos juízes o poder de veto à legislação semelhante ao controle exercido pelo monarca.

É verdade, como fora afirmado, que a Inglaterra já possuía uma doutrina muito desenvolvida acerca dos limites do Parlamento e sobre a separação dos poderes. Ainda no ano de 1610, o *Lord Chief Justice* Edward Coke julgou o caso *Dr. Bonham*, considerado um dos mais importantes precursores de *Marbury versus Madison*,¹⁹⁴ sustentando que os tribunais eram isentos de seguir uma lei absurda aprovada pelo Parlamento que fosse contrária ao *common law*.

And it appears in our books, that in many cases, the common law will control acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void; and therefore... some statutes are made against law and right which those who made them perceiving, would not put them in execution...¹⁹⁵

Entretanto, como observa Larry Kramer,¹⁹⁶ a constituição histórica inglesa não era nem remotamente próxima ao que se compreende hoje como o moderno conceito de *judicial review*. O próprio *judicial review*, no decorrer dos séculos, foi adquirindo novas feições, o que levou Stephen Griffin a concluir que não existe uma, mas diversas teorias do *judicial review*, desenvolvidas no decorrer da história, que mantiveram algumas

¹⁹³ Cf. GRIFFIN, Stephen. *A Era Marbury*, p. 224.

¹⁹⁴ Ainda que Larry Kramer minimize a influência de *Dr. Bonham's case* em *Marbury versus Madison*, é inegável a repetição de diversas expressões de Edmund Coke por John Marshall, especialmente no início do parágrafo 132. Cf. KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 19.

¹⁹⁵ GRIFFIN, Stephen *A Era Marbury*, p. 228.

¹⁹⁶ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 19.

características originais, como a independência funcional, o poder anulador e a vitaliciedade, e agregaram outras prerrogativas não previstas inicialmente, como a supremacia judicial.¹⁹⁷

Um dos principais aspectos diferenciadores do constitucionalismo inglês e americano era a crença (ou repúdio, no caso dos Estados Unidos) na supremacia parlamentar, desenvolvida a partir do início do século XVIII. Os ingleses, nos cento e cinquenta anos que se seguiram a *Dr. Bonham's case*, não deixaram dúvidas de que o Parlamento era supremo e que os juízes não poderiam invalidar ou se recusar a dar efeitos a uma lei contrária ao *common law*,¹⁹⁸ tendo qualquer ambiguidade sido sepultada com a famosa obra de Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*. Já os colonos americanos acreditavam que o Parlamento inglês fazia esforços constantes e repetidos para privá-los de seus direitos constitucionais, assegurados pela constituição histórica.¹⁹⁹ Por essa razão, os colonos se utilizavam de diversos expedientes para tentar anular uma lei inglesa, desde de as formas pacíficas, como cartas em jornais e petições, até mecanismos violentos, caso nenhuma resposta fosse dada. Nos tribunais, o precedente de Coke em *Dr. Bonham* foi utilizado esporadicamente em processos como *Paxton versus Gray*, *Rutgers versus Waddington* e *Ham versus McLaws*.²⁰⁰ Convém ressaltar, porém, que esses precedentes, em vez de ser uma prova da “intenção dos constituintes” durante a Convenção da Filadélfia, apenas revelavam a divisão política existente nos Estados Unidos antes, durante e depois do processo de ratificação.²⁰¹

Com a promulgação da Constituição, a Suprema Corte começou a realizar de maneira mais sistemática o controle de constitucionalidade da legislação estadual, a partir da competência expressa a ela atribuída no artigo 3º da Constituição. Isso não impediu, todavia, que os juízes de instâncias inferiores, envolvidos com o debate que permeou o final da década de 1780 e a década seguinte, invocassem o *judicial review* para limitar a atuação do poder legislativo. Em diversos casos, como *Trevett versus Weeden*, *Commonwealth versus Caton* e *Rutgers versus Waddington*, a supremacia legislativa já era colocada em xeque e os

¹⁹⁷ GRIFFIN, Stephen. *A Era Marbury*, p. 228.

¹⁹⁸ Cf. NELSON, William E. *Marbury versus Madison: the origins and legacy of judicial review*, p. 35.

¹⁹⁹ Gordon S. Wood explica que com a palavra constituição, a maioria dos ingleses do século XVIII não se referia a um documento escrito, mas ao acordo de governo existente. Cf. WOOD, Gordon. *La revolución norteamericana*, pp. 102-103.

²⁰⁰ Cf. KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 10-18.

²⁰¹ Nesse sentido, Cf. BEARD, Charles A. *The answer: Judicial Review and the framers intent*, p. 167.

juízes indagavam qual solução deveria ser tomada quando a lei violasse os direitos constitucionais do povo. Para o juiz George Wythe, o tribunal seria o limite do legislativo.

Nay more, if the whole legislature, an event to be deprecated, should attempt to overleap the bounds, prescribed to them by the people, I, in administering the public justice of the country, will meet the united power, at my seat in this tribunal; and, pointing to the constitution, will say, to them, here is the limit of your authority; and hither, shall you go, but no further.²⁰²

Marbury versus Madison (1803) foi o primeiro caso a levar esses argumentos à Suprema Corte.²⁰³ Sua notoriedade mundial não se relaciona ao pleito de William Marbury para ser nomeado magistrado, às nomeações questionáveis realizadas por John Adams ou tampouco à repercussão político-jurídica que teve ao ser prolatada; de fato, foi no decorrer do tempo que os argumentos do caso ganharam força. O raciocínio desenvolvido por John Marshall,²⁰⁴ simples e de apelo lógico envolvente, poderia ser resumido da seguinte maneira: a) o povo demanda um grande esforço para estabelecer uma constituição, por isso esse esforço não pode, nem deve, ser repetido; b) por ser rara e projetada para ser permanente, essa autoridade do povo é suprema; c) essa autoridade suprema, ao organizar o governo, instituiu departamentos e estabeleceu seus respectivos poderes (competências) e limites por meio de uma constituição escrita; d) quando o legislativo ultrapassa esses limites, aprovando uma lei contrária à constituição, o ato torna-se nulo; e) como a constituição é superior a qualquer ato legislativo ordinário, no caso de conflito entre a lei e a constituição, os tribunais devem aplicar a constituição; e f) todos os departamentos do governo são vinculados pela constituição.

Para Marshall, a pergunta acerca da possibilidade de um ato repugnante à constituição tornar-se *law of the land* até podia ser profundamente interessante, mas sua resposta era relativamente fácil. Transcorridos mais de duzentos anos e invertendo o ônus argumentativo, não é sem esforço que os estudiosos do direito constitucional podem desafiar essas seis proposições. Thomas Jefferson, em conversa com *Judge Story* a respeito de John Marshall, dizia que nunca admitia qualquer proposição em suas conversas, pois seu sofismo era tão grande que qualquer pessoa acabaria forçada a ceder perante a conclusão

²⁰² Cf. KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 64.

²⁰³ Charles Beard recorda, entretanto, que em 1794, durante a presidência do *Justice Ellsworth* (ex-membro da Convenção), no caso *Hylton versus United States*, a Suprema Corte já havia declarado seu poder em realizar o exame de constitucionalidade de um ato do Congresso decretando um tributo sobre viaturas, porém, naquela ocasião, a constitucionalidade da lei foi confirmada. Cf. BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*, p. 113.

²⁰⁴ *Marbury versus Madison*, 1803, parágrafos 132 a 164.

de Marshall, não interessa quão distante ela estivesse do posicionamento inicial. Para Jefferson, se Marshall perguntasse se estava dia ou não, ele respondia “senhor, eu não sei, não posso dizer”.²⁰⁵ Ainda que os antifederalistas considerassem a capacidade argumentativa de Marshall proporcional à sua reprovação, seu talento era inegável e, como afirma Christopher Wolfe, sua reputação de possuir uma lógica implacável e inelutável o tornou merecedor da deferência com que foi tratado.²⁰⁶

Apesar de seu forte apelo, as proposições escritas por Marshall, que em um primeiro olhar parecem decorrer da lógica das coisas, revelam escolhas que merecem uma análise mais acurada. Marshall escreveu que o “direito original” do povo não deveria ser exercido a todo o momento. Esta assunção, conforme explica Jeremy Waldron,²⁰⁷ parecia repousar na ideia de que a soberania popular não deveria ser exercida com frequência e que o povo deveria se acalmar a cada uma ou duas gerações. Contudo, existem razões mais elaboradas que poderiam ser suscitadas para defender o ponto de vista de Marshall. James Madison,²⁰⁸ por exemplo, propugnou que o povo não deveria ser consultado com frequência, porque isso prejudicaria a veneração necessária ao governo, a tranquilidade pública e porque o povo, ao ser consultado, sempre concordaria com o legislativo.²⁰⁹

A preocupação com a estabilidade e durabilidade do novo governo estava no cerne dos debates políticos nos primórdios da república americana. O desenho institucional do novo governo, a forma de organização e a separação dos departamentos deveriam ser capazes de eliminar, ou ao menos diminuir, a necessidade de o povo recorrer a manifestações, ou até mesmo à guerra, para a resolução das controvérsias políticas ordinárias. É possível que o receio de “poupar o povo” de tal desgaste fosse compreendido como um elitismo disfarçado dentro do movimento constitucional americano,

²⁰⁵ Cf. MELONE, Albert P. e MACE, George. *Judicial Review and American Democracy*, p. 37.

²⁰⁶ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 59.

²⁰⁷ WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular Sovereignty*, p. 184.

²⁰⁸ MADISON, James, *Federalist paper*, nº 49.

²⁰⁹ Isso não impedia que Madison não pudesse concordar, mas Kramer diz que Madison não era desfavorável a consultas populares em momentos importantes e extraordinários. Em uma escrita que lembrava as palavras de Sieyès, dizia que em momentos onde os poderes não conseguem se entender, o mediador precisaria ser o povo: “*There is not one government on the face of the earth, so far as I recollect, there is not one in the United States, in which provision is made for a particular authority to determine the limits of the constitutional division of power between the branches of the government. In all systems there are points which must be adjusted by the departments themselves, to which no one of them is competent. If it cannot be determined in this way, there is no resource left but the will of the community, to be collected in some mode to be provided by the constitution, or on dictated by the necessity of the case*”. KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 47-48.

especialmente do partido federalista, o que levou Larry Kramer²¹⁰ a afirmar que a bibliografia americana possui diversas passagens em que a nova constituição é quase narrada como um movimento antidemocrático, cuja ideia seria empurrar o povo para fora do governo, tanto quanto fosse possível, sem abandonar a técnica republicana. Ignorando, porém, temporariamente a denúncia elitista, pode-se verificar que a doutrina constitucional desenvolveu de maneira mais sofisticada a proposição inicial de Marshall, classificando os atos do povo em momentos constituintes e momentos constituídos,²¹¹ em uma divisão que muito lembra a categorização de Sieyès. É alicerçada nessa distinção que reside a autoridade e superioridade hierárquica da constituição em face das leis ordinárias. A constituição, por representar uma autoridade máxima do povo, que excepcionalmente a manifesta, torna-se a lei máxima.

Diversas dificuldades, todavia, poderiam ser levantadas a partir da análise de Marshall. Uma delas seria determinar em que medida uma constituição existe por consentimento e autoridade do povo, que a aceita de seus ancestrais, e até que ponto os preceitos estabelecidos por uma geração passada tiranizariam a nova geração, retirando-lhe o direito de estabelecer seus próprios preceitos. É difícil determinar, no caso da constituição americana, se a sua surpreendente estabilidade deve-se ao talento de seus pais fundadores e a admiração das gerações seguintes ou aos difícilísimos mecanismos de alterabilidade. São os mesmos problemas debatidos em Locke que indagam em que medida existe um consentimento tácito ou mera opressão, recaindo, como diz Waldron,²¹² em uma questão de julgamento; de como a aquiescência do povo é compreendida.

Outra dificuldade em diferenciar a política ordinária da extraordinária, utilizando o critério do esforço ou dificuldade, é observar que existem momentos de grande mobilização nacional iguais ou maiores à instituição de uma constituição. Diante disso, é possível observar que a mobilização e convulsão nacional podem surgir tanto em momentos constituintes como em momentos de política ordinária. Ainda: a estabilidade ou perenidade da constituição, apregoada por Marshall como atributo da norma constitucional, não estaria também presente na legislação ordinária? Caberia, ainda, indagar se a hierarquização dos atos do povo, tal como defendido por Marshall, foi concebida como um instrumento de

²¹⁰ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 6.

²¹¹ Pode-se citar a democracia dualista de Bruce Ackerman como exemplo. Cf. ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos. *Tres concepciones de la democracia constitucional*, p. 24.

²¹² WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular Sovereignty*, p. 183.

estabilidade do governo ou como um recurso de manutenção do *status quo*, dando a uma facção conservadora do povo o poder de limitar a vontade da maioria e restringir o direito de cada geração determinar o seu governo, como Sieyès interpretou o veto monárquico.²¹³

Quer-se afirmar, com isso, que a supremacia constitucional, na perspectiva de Marshall, era fundada no esforço do povo e na defesa da estabilidade do governo. Ainda que haja certa fragilidade nesses argumentos, a primazia constitucional, para alcançar o fim a que se propunha, precisaria dispor de garantias que assegurassem a permanência e observância da constituição por todos os poderes. A conclusão dos federalistas foi que o poder judiciário seria o protetor do povo constituinte contra a legislatura ordinária. Essa conclusão, porém, não é uma conclusão que decorre do reconhecimento da supremacia constitucional. Como fizeram os franceses, reconhecer a supremacia constitucional não implicava o reconhecimento do controle judicial de constitucionalidade. Em Sieyès, especialmente, a supremacia constitucional não implicava sequer a admissibilidade de qualquer espécie de veto real ou judicial, daí verificar que a supremacia legislativa francesa não negava a hierarquia do poder constituinte, ao contrário.

Diverso de Sieyès, Marshall acreditava que a supremacia constitucional implicava o controle dos atos legislativos por parte da magistratura. É um erro, entretanto, atrelar o reconhecimento da supremacia constitucional ao dever de fiscalização dos juízes. Essa foi uma opção do constitucionalismo americano para negar a supremacia parlamentar, não uma imposição teórica da hierarquia constitucional.

2.2.1 Uma ode ao equilíbrio entre os poderes em substituição à supremacia parlamentar

Como em toda colônia, na América britânica aplicavam-se o *common law* e o direito inglês legislado em seu território antes e até mesmo depois da independência. Em 1780, por exemplo, a Constituição de Massachusetts tinha uma cláusula cujo teor prescrevia que todo o direito então adotado, usado e aprovado no *Commonwealth* continuaria a vigorar;

²¹³ O Brasil, a título exemplificativo, registrou recentemente a maior manifestação popular da história para exigir que o Congresso Nacional julgasse a Presidente da República por crime de responsabilidade. A grande convulsão nacional que dividiu o país versava sobre problemas políticos e jurídicos disciplinados pelo poder constituído, relacionados à inocência ou culpabilidade da Presidente. Além disso, no Brasil, diversas constituições já foram promulgadas e revogadas, enquanto o Código Penal brasileiro continua a persistir.

mesmo que a cláusula não estivesse se referindo expressamente à Inglaterra, os tribunais daquele Estado, incapazes de determinar quais leis estavam ou não em vigor, autorizavam a recepção de todo o *common law* e *statute law* da Inglaterra, com exceção “das partes que fossem julgadas inaplicáveis”.²¹⁴

Neste sentido, Larry Kramer explica que, durante os séculos XVII e XVIII, falar que algo era inconstitucional significava dizer que era ilegal, uma vez o direito constitucional era igual e fundado na mesma autoridade que o direito ordinário. A lei fundamental era composta por um corpo de princípios imutáveis além do alcance de qualquer instituição governamental e, apesar de se basear no *common law* e compartilhar muitos de seus princípios, não se confundia com ele. O *common law* era constituído por um conjunto de princípios e regras consuetudinárias que governavam as questões ordinárias legais em momentos que precederam o funcionamento das legislaturas. A lei fundamental era “uma definição das leis naturais e do consentimento comum em uma forma política e de governo que faz administrável entre nós com honra e segurança”.²¹⁵ O direito constitucional, no século XVIII, assim sendo, era um conjunto de direitos naturais com argumentos de moralidade, costumes, *common law* e direito legislativo.

Essa lei se caracterizava pelo consentimento de seus governados e pela prescrição, como descrevia Locke. Um contrato implícito do povo com seus governantes, cujas fontes advinham dos costumes e práticas. O conflito entre o Parlamento e o rei Charles I, expresso na *Nineteen propositions* e *Answer to the Nineteen Propositions*, demonstra como o rei buscou legitimar sua pretensão “na experiência e sabedoria de seus ancestrais,” expressa na constituição mista, além de denominar como uma “total subversão das leis fundamentais” as tentativas de extinção da monarquia.²¹⁶ Todavia, apesar dos costumes e práticas serem as

²¹⁴ Cf. o julgamento do caso *Draper versus Jackson*. Nos casos em que a corte rejeitou o *common law* inglês, é possível citar *Conner versus Shepherd*. NELSON, William E. *Americanization of the Common Law*, pp. 8-9.

²¹⁵ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 11.

²¹⁶ “There being three kinds of government among men, absolute monarchy, aristocracy and democracy, and all these having their particular conveniences and inconveniences, the experience and wisdom of your ancestors hath so moulded this out of a mixture of these as to give to this kingdom (as far as human prudence can provide) the conveniences of all three, without the inconveniences of any one, as long as the balance hangs even between the three estates, and they run jointly on in their proper channel (begetting verdure and fertility in the meadows on both sides) and the overflowing of either on either side raise no deluge or inundation. The ill of absolute monarchy is tyranny, the ill of aristocracy is faction and division, the ills of democracy are tumults, violence and licentiousness. The good of monarchy is the uniting a nation under one head to resist invasion from abroad and insurrection at home ; the good of aristocracy is the conjunction of counsel in the ablest persons of a state for the public benefit ; the good of democracy is liberty, and the courage and industry which liberty begets. (...) Since therefore the power, legally placed in both houses, is more than sufficient to prevent and

fontes centrais da autoridade da lei fundamental, nos séculos XVII e XVIII, havia uma variedade de textos escritos, como a Magna Carta, a Bíblia, o *Bill of Rights* de 1689 e o *Act of Settlement* de 1701, tratados proeminentes como o de Vattel, Pufendorf e Grócio e outras obras filosóficas como a de John Locke. Para Kramer, a constituição consuetudinária era um marco de argumentação, no qual o rigor histórico era menos importante do que a capacidade de persuasão por analogia para manter uma estabilidade entre liberdade e poder, apesar de circunstâncias novas. Seu conteúdo era incerto e aberto, mais até que o *common law* que, ao invés de fundamentar suas opiniões no costume e prática social, baseava-se nos precedentes judiciais formais e opinião de profissionais do direito.²¹⁷ Como não havia um foro central, qualquer coisa que fosse plausível e pudesse ser sustentada com força poderia ser convertida em lei fundamental. A frase de John Reeves é reveladora ao dizer que a constituição inglesa não era mais a mesma, em virtude de como novos direitos melhoraram a segurança de velhos direitos, logo “a Constituição não é hoje, em todas suas circunstâncias, ainda que o é em substância, e em princípio, a mesma de antigamente”.²¹⁸

A percepção da Constituição inglesa como algo imutável ou continuamente conectado à história poderia ajudar a compreender por que Marshall sustentava que a constituição deveria ser permanente ou, ao menos, duradoura. Não obstante, a crença dos ingleses acerca da existência de uma constituição, ainda que não fosse completamente escrita, não os levou a concluir que a autoridade do povo que a instituíra fosse diferente da autoridade das leis aprovadas pelo Parlamento. Mesmo uma leitura de John Locke pautada na defesa do duplo consentimento é obrigada a reconhecer que o autor nunca defendeu, diferente de Marshall, que essa autoridade imporia uma relação de validade e hierarquia entre as leis do Parlamento e a lei fundamental. Muito pelo contrário, o mesmo consentimento que constituía o governo consentia com a supremacia do poder legislativo e com o princípio da maioria.

Faz-se necessário, neste ponto, esclarecer o que se quer dizer com autoridade do povo. Existem diversas formas de se legitimar o governo. Na *Answer to the nineteen*

*restrain the power of tyranny, and without the power which is now asked from us we shall not be able to discharge that trust which is the end of monarchy, since this would be a total subversion of the fundamental laws, and that excellent constitution of this kingdom which hath made this nation so many years both famous and happy to a great degree of envy, since to the power of punishing.” Answer to the nineteen propositions. Cf. KENYON, J. P. *The Stuart Constitution 1603-1688*, pp. 18-20.*

²¹⁷ KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 14-15.

²¹⁸ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 15.

propositions, o rei Charles I buscava argumentar que seu reinado expressava o que existia de melhor dentre as formas de governo disponíveis. Ao considerar que a monarquia inglesa era expressão do governo misto, na medida em que neutralizava as inconveniências da tirania oriunda da monarquia absoluta, neutralizava as facções e a divisão da aristocracia, além de neutralizar as inconveniências da violência, tumulto e licenciosidade da democracia. Com isso, o rei buscava convencer que encabeçava a melhor forma de governo disponível para defender o bem público, as liberdades e a união da nação. Na opinião de Edmund Morgan, todo governo, não importa se despótico ou livre, é fundado pelo consentimento, expresso na opinião que os governados possuem de seus governantes. O sucesso de um governo requer aceitação voluntária de uma crença; que o governo misto é o melhor ou que o imperador está vestido mesmo que esteja nu. O governo requer ficções como acreditar que o rei é divino, que a voz do povo é a de Deus ou que os representantes do povo são o povo.

²¹⁹ O governo requer ficções como acreditar que o governo está a serviço do povo, que os homens são iguais ou que não são e, especialmente, acreditar que o povo tem voz. A soberania popular é uma dessas ficções descritas por Morgan para legitimar um governo. Descrita de forma singela, consiste em considerar legítimo um governo no qual o povo toma as decisões mais importantes de maneira soberana, embora já se tenha dito e explicado no capítulo antecedente o quão ilusório é afirmar que o povo, efetivamente, governa.

Para Jeremy Waldron,²²⁰ democracia e soberania popular são dois conceitos que não se confundem, já que é possível que o povo opte por estabelecer instituições não democráticas; tampouco a aceitação popular torna uma prática democrática. Os contratualistas, por exemplo, imaginavam as escolhas que o povo faria: Hobbes argumentaria que a opção mais prudente seria revestir de poder o monarca, Locke, um grande corpo de representantes e mesmo Rousseau achava possível que a vontade geral optasse por uma forma não democrática de administração. O mito que Marshall defende nasce da ficção do contrato social e lembra em muitos aspectos o modo de pensar de Locke.

²¹⁹ “Government requires make believe. Make believe that the King is divine, make believe that he can do no wrong or make believe that the voice of the people is the voice of God. Make believe that the people have voice or make believe that the representatives of the people are the people. Make believe that governors are the servants of the people. Make believe that all men are equal or make believe that they are not”. MORGAN, Edmund. *Inventing the people*, p. 13. Nada impede, todavia, que essas ficções entrem em conflito entre si.

²²⁰ Observa-se, com isso, que o conceito de soberania popular de Waldron parece ser diferente da concepção de Ingeborg Maus, na medida em que a autora alemã atrela a soberania popular ao exercício do poder legislativo pelo povo ou por seus representantes eleitos e à separação de poderes. Cf. WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular Sovereignty*, p. 183.

Inicia com indivíduos libertando-se do jugo de um império, reunindo-se livremente para formar um povo, esse povo institui um governo por meio de uma constituição e o governo (incluindo todos os departamentos) é obrigado a conduzir o povo de acordo com a constituição estabelecida. Neste sentido, o povo, autoridade soberana, criava uma constituição para restringir o governo e evitar a tirania; o governo, agindo por meio de uma autoridade constituída, poderia limitar o povo e evitar que este tiranizasse a si mesmo. Esse último ponto de vista diferia da compreensão inglesa a respeito do significado de uma constituição e da supremacia parlamentar. A coordenação das funções, na Inglaterra, buscava limitar o legislativo por meio da presença do *king in Parliament* e da representação das potências sociais, havendo tirania quando o monarca ou qualquer outra pessoa se eximisse da observância às leis aprovadas pelo legislativo, cuja autoridade sujeitava todos, inclusive seus integrantes.

John Marshall defendia que a autoridade suprema que instituía o governo era diferente da autoridade que governava. Ao seguir a tradição republicana pela qual os governos deveriam ser projetados para durar longamente, reputava fracassado um projeto governamental incapaz de ser duradouro. Para evitar esse risco, a constituição exercia a função estabilizadora. A estabilidade, todavia, não era suficiente para explicar a conclusão a que Marshall chegou, pois apesar de a separação entre os poderes na Inglaterra ter sido alterada no decorrer dos séculos, a constituição histórica era um exemplo incrível de governo constitucional estável sem supremacia constitucional (pelo menos não no sentido que Marshall conceituava a supremacia constitucional).

Do exposto, é razoável observar que a supremacia da autoridade do povo nos momentos constituintes não se explica, satisfatoriamente, pela frequência com que ela se manifesta. A tese que melhor ilustra a conclusão de Marshall reside em defender que há uma diferença qualitativa, material, entre a norma que cria o governo e a norma que governa. Hamilton²²¹ dizia que constitui um princípio fundamental do regime republicano admitir que o povo teria direito de alterar ou abolir a constituição em vigor sempre que a julgasse inconsistente com sua conveniência, mas desse princípio não inferia que os representantes do povo, no caso de uma momentânea maioria contrária à constituição, pudesse violá-la.

²²¹ HAMILTON, Alexander. Federalist papers, nº 78.

A distinção entre essas duas formas de autoridade, constituinte e constituída, foi bem desenvolvida por Sieyès, ao tratar do *pouvoirs constituant* e *pouvoirs constitués*. Foi a partir da categorização da autoridade do povo em poder constituinte e constituído que Jeremy Waldron²²² resumiu em dois princípios a classificação de Sièyes: um princípio positivo e um negativo. O princípio positivo está relacionado ao poder do povo constituir o governo, não se sujeitando ao seu próprio poder. Ele pode desafiar a constituição, se manifestar das formas não previstas pelo texto constitucional, da maneira que o povo quiser. Uma assembleia extraordinária pode ser até parecida com uma ordinária, mas a extraordinária não se sujeita a qualquer limitação prévia porque ela debate a própria nação. Pelo princípio negativo, todos os poderes instituídos vinculam-se aos limites originais estabelecidos pela constituição. Nenhum poder constituído pode querer usurpar o poder constituinte ou querer dizer que ele possui as credenciais para falar em nome do povo. Caso a soberania popular escolhesse uma forma democrática de governo, poderia haver uma tentação dos representantes eleitos em declararem que sua voz é a voz do povo, mas isso não seria correto, pois os representantes só falariam conforme procedimentos constitucionais e até mesmo o congresso só existiria e funcionaria nos termos estabelecidos pela nação.

Assim como Hamilton,²²³ que acreditava que a constituição deveria ser obedecida coletiva e individualmente por todos os poderes, até que o povo a alterasse, por algum ato solene e peremptório, estabelecendo a igualdade entre os poderes e a superioridade do povo, também Marshall defendeu, no final de sua exposição em *Marbury*, que todos os departamentos eram vinculados pela constituição. Com isso, a ausência de hierarquia entre os departamentos permitiria que o judiciário pudesse rever as leis aprovadas pelo legislativo que fossem contrárias à Constituição. Curiosamente, os dois princípios de Sièyes pareciam favorecer a esse argumento defendido por Marshall e Hamilton, na medida em que o caráter representativo ou eletivo de um departamento não concederia um *status* especial em relação aos demais. Dessa forma, como observou Waldron, ao invés de a soberania popular fragilizar a corte, ela a favoreceria.²²⁴ Essa conclusão, porém, só seria verdadeira se ignorasse que Sieyès, em um primeiro momento, rechaçou qualquer espécie de veto à

²²² WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Popular sovereignty*, pp. 185-190.

²²³ HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 78.

²²⁴ WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Popular sovereignty*, p. 190.

legislação, deste modo, a distinção entre o poder constituinte e constituído não outorgava parte da soberania popular ao rei ou aos juízes. A teoria do equilíbrio, também, não era uma teoria de igualdade entre os poderes. Quando Locke tratava do poder legislativo e executivo, defendida a subordinação do último ao primeiro. O veto real era legitimado com base no poder legislativo negativo do monarca e não no poder executivo. O mesmo valia para o poder judiciário de Montesquieu.

Assumir, entretanto, que a soberania popular favoreceria igualmente a autoridade das cortes, implicaria aceitar como pressuposto lógico que a recíproca também seria verdadeira, isto é, tampouco as cortes possuiriam autoridade ou legitimidade para falar em nome do povo. Seria correto, nessa perspectiva, designar os tribunais como “guardiões da constituição”, ou do fato de serem eles guardiões usufruírem de uma leitura privilegiada ou um *status* especial acerca do significado da Constituição? A resposta era negativa, já que somente a autoridade suprema do povo poderia se sobrepor a todos os poderes constituídos. Dessa maneira, se a igualdade entre os poderes admitia que o judiciário pudesse rever as decisões do legislativo, admitia igualmente que o legislativo pudesse rever as decisões do judiciário. Mais: o poder executivo poderia estar autorizado a rever a decisão de ambos. Situações assim exigiriam a presença da nação, verdadeira guardiã, para dirimir o conflito entre os poderes, como defendeu Sieyès. Essa, porém, não era uma conclusão que os defensores do *judicial review* estavam dispostos a aceitar, ao contrário, a igualdade entre os poderes, para Hamilton, significava um poder legislativo limitado por cortes que estariam na posição intermediária entre a legislatura e o povo.²²⁵

Marshall, assim como Hamilton, apesar de reconhecer a igualdade e independência entre os poderes, iria buscar na constituição limitada o fundamento de que era tarefa dos juízes interpretar a constituição e declarar nulos os atos a ela contrários. Nesse aspecto, começa a ficar mais claro que a teoria do equilíbrio dos federalistas não era, na realidade, uma teoria de igualdade entre os poderes, já que o veto absoluto daqueles que integravam o poder legislativo, isto é, o poder de impedir dos juízes, se sobrepunha ao poder de dispor do Congresso.

²²⁵ HAMILTON, Alexander. *Federalist Papers*, nº 78.

2.2.2 O maior avanço em instituições políticas – a constituição escrita: uma nova forma de limitar o legislativo

Marshall dizia que a suprema vontade do povo poderia organizar o governo, atribuindo diferentes poderes aos departamentos ou ir além e estabelecer os limites que não deveriam ser ultrapassados por esses departamentos. De acordo com Marshall, a constituição americana se enquadrava na última descrição, sendo que esses limites haviam sido escritos para que não fossem confundidos ou esquecidos. Para ele, caso os limites entre os departamentos pudessem ser violados a qualquer momento, não faria sentido escrevê-los, já que a distinção entre um governo limitado ou ilimitado seria abolida, igualando em obrigação os atos permitidos e proibidos. Concluiu afirmando que, certamente, todos aqueles que conceberam uma constituição escrita a imaginaram como uma lei fundamental e suprema da nação.²²⁶

Clarificar os conteúdos de uma constituição de forma escrita poderia resolver os problemas de incerteza próprios da constituição consuetudinária. De fato, os colonos americanos e os britânicos tinham uma visão bem distinta a respeito da Constituição histórica. Gordon S. Wood explicou que os colonos acreditavam estar lutando pelo retorno aos princípios fundamentais da constituição, mas, na verdade, os princípios eram, como os conservadores e funcionários reais classificavam, princípios revolucionários. Os colonos, ao compartilharem das mesmas leituras e referências, não eram conscientes sobre como sua interpretação dava uma perspectiva peculiar e revolucionária à tradição inglesa.²²⁷ Mesmo as reformas do século XVIII, levadas a cabo pelo Parlamento, foram vistas como uma consequência da tirania, expressa por Thomas Jefferson como “um plano sistemático e deliberado de reduzirmos a escravidão”.²²⁸

Se ingleses viam a constituição histórica como um acordo entre governantes e governados, os americanos, por sua vez, argumentavam que as leis elaboradas pelo Parlamento não eram necessariamente constitucionais ou compatíveis com o *common law*, assim, os princípios constitucionais eram indispensáveis para protegê-los contra a poderosa

²²⁶ *Marbury versus Madison*, parágrafos 134 e 135.

²²⁷ Nesse ponto, os ingleses tinham razão já que os princípios defendidos pelos americanos diferiam dos princípios da classe inglesa dominante do século XVIII. Cf. WOOD, Gordon S. *La revolución norte-americana*, p. 94.

²²⁸ WOOD, Gordon S. *La revolución norte-americana*, p. 97.

legislatura soberana, de forma que precisariam ressaltá-los, se quisessem se proteger contra a maquinaria do governo cotidiano. Para Gordon Wood, foi o temor do governo que levou os americanos a colocar disposições fixas, previstas em documentos escritos, causando essa alteração radical.²²⁹ Em sentido semelhante, Hugo Lafayette Black também acreditou que a Constituição dos Estados Unidos foi criada com o propósito de limitar o governo federal expressa ou implicitamente e que nenhum outro ramo do governo, executivo, legislativo ou judiciário, teria autoridade para aumentar os poderes ou diminuí-los, de forma contrária à constituição. A história, na opinião de Black, demonstrou que os fundadores estavam familiarizados com o terrível emprego das leis de extinção dos direitos civil na Irlanda, promulgada por Jaime II da Inglaterra, sendo influenciados pelo *levellers*, como John Lilburne e a petição *An Agreement of the free people of England*, que escrevia um acordo do povo como algo além da jurisdição dos parlamentos.²³⁰

Essa breve explicação histórica permite contextualizar porque Marshall via a constituição como um documento destinado a limitar o governo. Ajuda a compreender, igualmente, que a opção por um documento escrito não poderia ser outra senão o controle do governo. Marshall, porém, está preocupado com uma forma específica de manifestação ilimitada de poder: a supremacia do legislativo.

Transcorridas décadas da decisão *Marbury versus Madison*, já se pode constatar que não existe uma relação necessária entre constituição, supremacia constitucional e *judicial review*. Há países onde a constituição é instituída como um *Constitutional Act* destituído de primazia especial em relação às leis ordinárias, de forma que inexiste uma vinculação necessária entre a forma escrita e a supremacia da norma constitucional. Em uma perspectiva teórica, a supremacia constitucional poderia estar presente mesmo que a constituição não fosse escrita. A crença a respeito da imutabilidade de uma norma, de sua origem divina, natural ou racional poderia levar o intérprete a aplicar esta, em detrimento da norma legislada. Foi esse o raciocínio dos colonos americanos.

Mas o raciocínio de Marshall é: existem limites escritos que precisam ser respeitados e a supremacia legislativa não respeita esses limites. Nisso parece residir o sofisma do argumento. A supremacia legislativa não implica, como quer convencer Marshall,

²²⁹ WOOD, Gordon S. *La revolución norte-americana*, p. 97.

²³⁰ Para o autor, a preocupação em limitar o governo federal em relação aos Estados também constitui uma importante razão para a adoção de uma Constituição. Cf. BLACK, Hugo L. *Crença na Constituição*, pp. 24 a 28.

o exercício ilimitado de um poder, assim como a supremacia judicial não implica o exercício ilimitado de poder. Existem inúmeras maneiras pelas quais uma constituição pode impor limites aos poderes prescindindo do controle de constitucionalidade, sobretudo de um controle realizado por juízes. Instrumentos como a eleição, o bicameralismo, a representação paritária dos Estados no senado, a eleição indireta do presidente ou o veto foram pensados como mecanismos de controle do poder legislativo e executivo. Fosse isso verdade, todos os governos da história que não adotaram ou adotam o controle judicial de constitucionalidade estariam fadados a ser classificados como tirânicos ou despóticos, uma vez que a ausência do controle de constitucionalidade ou, até mesmo, do reconhecimento da supremacia constitucional, implicaria o exercício de poderes ilimitados.

Portanto, a questão relativa à eficácia da constituição como instrumento de limitação do poder admite diversas respostas além da solução oferecida por Marshall – o *judicial review*. No final das contas, determinar se houve ou não violação a esses limites é uma questão de interpretação, que exige uma teoria de decisão que pode colocar esse poder tanto nas mãos do legislativo, do executivo ou do judiciário ou, ainda, a outro ente que não pertença a nenhum dos três.

2.2.3 Uma proposição muito clara para ser contestada

A lógica desenvolvida por Marshall, até este momento, partia do pressuposto de que a constituição era suprema e que impor limites aos poderes constituídos. A legislatura não poderia alterar a constituição por um ato ordinário, pois ou a constituição era superior, sendo imodificável por meios ordinários, ou estaria no nível das leis ordinárias e, como as outras leis, seria alterável quando o legislativo quisesse alterá-la. Se a alternativa anterior fosse verdadeira, então, o ato legislativo ordinário contrário à constituição não era direito. Se fosse verdadeira a última, então, constituições escritas seriam tentativas absurdas, por parte do povo, em limitar um poder que em sua natureza seria ilimitável. Concluiu afirmando que todo ato da legislatura repugnante à constituição era nulo e que constituía a essência do dever judicial aplicar a constituição, em detrimento de uma lei ordinária, quando

esta contradissesse a norma constitucional. Essa, afirma Marshall, era “uma proposição muito clara para ser contestada”.²³¹

O raciocínio, de fato, é simples. Se duas normas estão em conflito, deve-se dar prioridade à superior. Contudo, Alexander M. Bickel bem colocou que a repugnância de uma lei em face da constituição não é uma questão autoevidente, antes disso, é um problema de quem deve decidir: as cortes, a própria legislatura, o presidente, talvez tribunais do júri, para fins de julgamentos criminais, ou, última e finalmente, o povo por meio de um processo eleitoral. E Marshall sabia disso.²³²

O raciocínio de Marshall já havia sido tratado por Hamilton²³³ durante os debates de ratificação da Constituição norte-americana. Todavia, Hamilton foi mais explícito ao conceituar uma constituição limitada como aquela que impõe restrições específicas à autoridade legislativa. Essas limitações só poderiam ser preservadas, na prática, através das cortes de justiça, que teriam a obrigação de declarar nulos os atos contrários à constituição. Nesse sentido, ainda que o *judicial review* não fosse uma decorrência lógica da igualdade entre os poderes, da constituição escrita ou de um governo limitado, como queriam os federalistas, ele seria uma decorrência lógica da supremacia constitucional, para Marshall.

O que não está claro, na proposição de Marshall, é definir quando existe a contradição entre lei e constituição. John Gibson²³⁴ já havia constatado esse problema, como juiz da Suprema Corte, afirmando que o significado da constituição raramente é transparente e o que é uma violação constitucional óbvia para um, é o exercício razoável do poder para outro. Reconhecer que uma lei destoa do texto constitucional envolve necessariamente um exercício de interpretação, diante disso, sabendo que a inconstitucionalidade não é autoevidente, qual visão prevaleceria diante de um conflito entre os poderes? Os defensores do *judicial review* preocupavam-se em estabelecer mecanismos para assegurar que os representantes do povo se submetessem à vontade de seus constituintes, seus críticos replicavam que o *judicial review* submeteria ainda menos os juízes à vontade dos constituintes. Existiam, assim, três teorias concorrentes sobre o novo governo constitucional: a primeira, defendendo a supremacia legislativa, professava que as

²³¹ *Marbury v. Madison*, parágrafos 135-137, 140-147.

²³² BICKEL, Alexander M. *The least dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, p. 3.

²³³ HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 78.

²³⁴ Cf. dissidência de John Gibson no livro de TUSHNET, Mark. *I dissent: great opposing opinions in Landmark Supreme Court Cases*, p. 13.

leis aprovadas pelo poder legislativo não poderiam sujeitar-se à revisão judicial, sendo controladas apenas pela opinião pública; a segunda, defendendo a revisão coordenada, admitia a revisão recíproca entre todos os poderes e professava que nenhum departamento prevaleceria *a priori*, devendo as controvérsias serem acomodadas pelos próprios poderes e pela opinião pública; e a terceira, defendendo o que hoje se entende por *judicial review*, professava a proeminência do poder judiciário em realizar o controle de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos. Um esclarecimento, todavia, precisa ser feito. Havia uma variedade de posições distintas que se aproximavam ou se afastavam dessas três classificações básicas. Assim, havia defensores da supremacia legislativa que acreditavam que o *judicial review* poderia ser empregado contra leis relativas ao confisco de bem ou que retroagissem de forma a prejudicar o direito adquirido (*ex post facto laws*),²³⁵ como também havia uma variedade de propostas sobre o alcance do poder de revisão da Suprema Corte em relação aos outros departamentos.

Ainda que os americanos não houvessem importado dos ingleses o princípio da soberania do parlamento, durante os debates da ratificação, diversos autores entendiam que o legislativo constituía o departamento que deveria prevalecer diante de um conflito entre os poderes. Robert Yates,²³⁶ autor das cartas de Brutus, entendia que, quando os juízes davam uma explicação sobre a constituição sem existir um poder capaz de anular seu julgamento, lhes eram dados poderes que transcendiam qualquer autoridade já dada a um governo sob o céu. Yates dizia que, na Inglaterra, os juízes estavam sujeitos à correção pela Câmara dos Lordes. Em nenhum momento, os juízes da Inglaterra assumiam a autoridade de anular um ato do Parlamento sob a ideia de que seria inconsistente com sua constituição, antes disso, acreditavam que deveriam decidir de acordo com as leis. Nos Estados Unidos, os juízes estariam autorizados, em última instância, a determinar qual a extensão dos poderes do Congresso e não haveria poder sobre eles para controlar suas decisões ou para removê-los de seus cargos em caso de erros, já que só os crimes (*treason and bribery*) admitiriam a remoção de magistrado, inexistindo responsabilidade pelos erros de julgamento ou pelo descumprimento dos deveres do cargo, diferente do modelo britânico, em que a noção de juízes independentes condicionava o exercício da função ao bom comportamento.

²³⁵ Cf. CASTO, William R. *The Supreme Court in the early republic: the chief justiceships of John Jay and Oliver Ellsworth*, p. 22.

²³⁶ Cf. MELONE, Albert P e MACE, George. *Judicial review and american democracy*, p. 190-193.

Yates, todavia, não era contrário à supremacia constitucional. Antes disso, compreendia que todos os departamentos do governo teriam recebido suas funções do povo, fonte do poder; chegando a afirmar que a legislatura deveria ser controlada pela constituição, não o contrário.²³⁷ Da mesma maneira, o judiciário não poderia anexar os poderes do legislativo, porque a autoridade que o colocou como poder independente ao legislativo colocou também o legislativo independente do judiciário. Se os juízes declarassem nula uma lei por considerá-la inconsistente com o senso constitucional, seu poder acabaria sendo superior ao da legislatura. Na Inglaterra, não só os juízes poderiam ver sua decisão anulada, por erro, pela Câmara dos Lordes, como também, nos casos em que eles dessem uma explanação do direito ou da constituição contrária ao entendimento do Parlamento (ainda que o Parlamento não anulasse a decisão), este teria autoridade, pela nova lei, de explicar a antiga e prevenir a recepção de tais decisões. O ponto crucial, para Yates, residia no fato de a constituição ser um pacto do povo com seus governantes; se os governantes quebrassem o pacto, o povo teria o direito e dever de removê-los e fazer eles próprios a justiça, mas, a fim de permitir-lhes fazer isso com maior facilidade, aqueles que o povo escolhe em períodos determinados, deveriam ter o poder, em última análise, de definir o senso do pacto; se eles determinassem de forma diversa ao entendimento do povo, na época de eleição dos representantes, o povo teria o poder de remediar esse mal. Porém, quando esse poder era depositado na mão de homens independentes do povo, que não seriam responsáveis por suas opiniões, não haveria outro jeito de controlá-los. Essa era a essência da separação funcional de poderes.

Uma opinião semelhante também foi levantada pelo *Chief Justice* John Gibson, ao abrir divergência no caso *Eakin versus Raub* (1825), julgado cerca de vinte anos após *Marbury versus Madison*.²³⁸ Para Gibson, judiciário e legislativo deveriam atuar cada um em sua esfera, o *judicial review*, entendido como diziam, também daria ao legislativo, quando o judiciário interpretasse mal a constituição, a faculdade de corrigi-lo. Seu argumento era que a supremacia legislativa não transformava uma constituição escrita em um governo

²³⁷ Cf. *Letters of Brutus*, XI, em MELONE, Albert P e MACE, George. *Judicial review and american democracy*, p. 182.

²³⁸ Christopher Wolfe, entretanto, adverte que John Gibson acabaria abandonando esta posição em 1845. Cf. WOLF, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 92.

ilimitado, como afirmava Marshall. Ter princípios primeiros escritos permitia torná-los familiar ao povo de maneira que pudesse ter a quem recorrer. No fim, somente a opinião pública preveniria os abusos constitucionais. E onde repousaria o poder de corrigir os abusos constitucionais? Para Gibson, repousaria no povo, onde o poder soberano total e absoluto residiria, em um raciocínio que lembra muito o recurso ao povo de John Locke. Ainda que os hábitos de deliberação pudessem ser utilizados a favor do *judicial review*, os erros do legislativo poderiam ser corrigidos por lei ordinária e eleição, já os erros judiciais requereriam um remédio extraordinário.

É interessante observar que, apesar de os autores defenderem a supremacia do legislativo, não acreditavam que isso implicaria o exercício de um poder ilimitado. A diferença era o princípio último de correção das decisões que, neste caso, deveria ser feito por meio das eleições e controle popular, reconhecendo no legislativo o departamento que melhor se submeteria ao controle do povo. Não obstante, a solução exclusiva do controle eleitoral, que via no povo uma entidade sábia e virtuosa, competente para gerir seus próprios assuntos, era considerada de forma cética por muitos federalistas.

A teoria departamentalista ou da revisão coordenada, diferentemente da teoria da supremacia legislativa, não reconhecia no legislativo um papel sobressalente, por ser composto por representantes do povo eleitos, todavia, também negava esse papel sobressalente ao judiciário. Partia da ideia de que cada poder poderia igualmente interpretar a constituição dentro de sua esfera. Thomas Jefferson, defensor dessa concepção, escreveu que “não há uma palavra na constituição que dê aos juízes mais poderes de decidir sobre a constitucionalidade de uma lei do que o poder executivo ou o poder legislativo”.²³⁹ Dizia, ainda, que decisões contraditórias entre os departamentos eram uma falha necessária própria de todo procedimento humano e que a prudência dos funcionários públicos e a autoridade da opinião pública propiciaria acomodação. Mesmo Madison, em um debate no dia 17 de junho de 1789, sustentava que a constituição não teria concedido uma autoridade particular para determinar os limites da divisão constitucional de poder entre os ramos do governo, de forma que esses limites deveriam ser ajustados pelos próprios departamentos; e se tais ajustes não fossem possíveis, a vontade da comunidade deveria ser coletada pelos meios providenciados pela constituição (emendas, eleições,

²³⁹ Cf. WOLF, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 94.

impachments, direito à revolução). A proeminência do judiciário acerca das questões constitucionais, para Madison, poderia até decorrer do fato de que as controvérsias acabariam sendo, na realidade, analisadas por último pelo judiciário. Todavia, isso não deveria ser entendido impropriamente: outros poderes não estariam vinculados a se sujeitar à opinião judicial de constitucionalidade.²⁴⁰

Charles A. Beard afirma que Thomas Jefferson, frequentemente, atacou a usurpação do judiciário, mas ele sempre foi a favor de algum controle judicial e viu o *Bill of Rights* como um instituto apto a representar um “freio legal nas mãos do judiciário”.²⁴¹ Em carta endereçada a Madison no dia 20 de dezembro de 1787, defendia o veto judicial atrelado ao presidencial, nos termos dos debates da convenção:

Agrada-me a organização de govêrno em Legislativo, Executivo e Judiciário. Agrada-me o direito de veto conferido ao Executivo com um têtço da Câmara ou do Senado, embora preferisse ver o Judiciário associado ao presidente para êste fim, ou investido do mesmo poder em separado.²⁴²

Em outra carta enviada a F. Hopkinson, ao apoiar a ideia do Conselho de Revisão, falava:

What I disapproved from the first moment also was the want of a bill of rights to guard liberty against the legislative as well as executive branches of the government, that is to say to secure freedom in religion, freedom of the press, freedom from monopolies, freedom from unlawful imprisonment, freedom from a permanent military, and a trial by jury in all cases determinable by the laws of the land. I disapproved also the perpetual reeligibility of the President. To these points of disapprobation I adhere.²⁴³

A teoria da revisão coordenada ou departamentalista não negava aos juízes o poder de revisar as leis do legislativo, aceitando o *judicial review* como premissa válida, mas não exclusiva de interpretação da constituição. Por essas razões, autores como Larry Kramer,²⁴⁴

²⁴⁰ Entretanto, para Madison, essa posição não se aplicava ao poder das cortes em relação aos Estados, diferente de Jefferson Cf. WOLF, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 96.

²⁴¹ BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*, p. 120

²⁴² Cf. BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*, p. 120. Além da carta a Madison, seu entusiasmo também pode ser visto em outra carta endereçada a F. Hopkinson: “I approved, from the first moment, of the great mass of what is in the new constitution, the consolidation of the government, the organization into Executive legislative & judiciary, the subdivision of the legislative, the happy compromise of interests between the great & little states by the different manner of voting in the different houses, the voting by persons instead of states”. Disponível em: [//www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jefl75.php](http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jefl75.php).

²⁴³ Charles Beard, em seu livro, diz que há uma palavra riscada, mas que seria interessante conjecturar se não seria a palavra judiciário. Cf. BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*, p. 120. A redação da carta integral em inglês está disponível em: [//www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jefl75.php](http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jefl75.php).

²⁴⁴ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 126.

ao estudar *Marbury versus Madison*, acreditam que Marshall²⁴⁵ era um defensor da teoria departamentalista. Algumas frases em *Marbury versus Madison* embasam sua opinião. Marshall, por exemplo, disse que um caso, ao surgir sob a égide da constituição, não poderia ser examinado apenas pela ótica da lei, ignorando o texto constitucional, de forma que a constituição vincularia a atuação da Suprema Corte da mesma maneira que os outros poderes:

(...) it is apparent, that the framers of the constitution contemplated that instrument, as a rule for the government of courts, **as well as of the legislature** (...) a law repugnant to the Constitution is void, and Courts, **as well as other departments**, are bound by that instrument. (grifo nosso)²⁴⁶

Kramer observa que em nenhum momento do caso Marshall afirmou que somente os tribunais poderiam dizer o que significa a constituição, tampouco afirmou que caberia aos tribunais determinar o significado da constituição mais do que os outros departamentos. Sua conclusão é que Marshall preocupava-se, como todo federalista, com o populismo republicano e simplesmente insistiu, como faz praticamente todo juiz, que os tribunais teriam o mesmo dever e obrigação de fazer cumprir a Constituição que tinham outros dentro ou fora do governo.²⁴⁷

Há quem não concordasse, porém, que Marshall fosse um departamentalista. Na visão de Christopher Wolfe, por exemplo, o poder do *judicial review* pregado por Marshall colocava a espada na mão do judiciário e não dos outros poderes.²⁴⁸ A diferença consiste em saber se, ao defender o *judicial review*, Marshall preconizava um direito apenas do judiciário ou também do executivo em revisar as leis do legislativo. Ainda que Marshall não tenha expressamente clarificado esse ponto em sua decisão, há razões para crer que ele, diferentemente de Madison e Jefferson, não acreditava que o executivo poderia rever decisões do legislativo ou do judiciário, seguindo o raciocínio de Hamilton. Marshall, porém, tampouco defendeu o monopólio da interpretação constitucional, como quer Christopher

²⁴⁵ Mesmo Hamilton, no Federalistas nº 78, seria defensor do departamentalismo. Larry Kramer acredita que, ao concordar que a constituição era vinculante e que os legisladores não poderiam ignorá-la, Hamilton não estaria argumentando a favor da ideia de supremacia judicial, assinalada pelos tribunais ao dar a última palavra sobre a interpretação da constituição, confinando ao povo o poder de reforma (ele acha que apesar de possível, isso era improvável, mas se fosse verdade, Hamilton estaria sozinho). KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 90-93.

²⁴⁶ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 126.

²⁴⁷ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 126.

²⁴⁸ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 99.

Wolfe, sendo apenas incontroverso o fato de que Marshall defendia o poder dos juízes em declarar nulas leis inconstitucionais.

A teoria do *judicial review*, forjada pela terceira concepção, propugnava que o legislativo só poderia ser controlado, de forma mais eficaz, pelo judiciário. Esse não era um argumento novo. Em 1780, James Iredell,²⁴⁹ que mais tarde tornou-se juiz da Suprema Corte, afirmou que era uma enfermidade imaginar que a autoridade do parlamento pudesse se sobrepor à autoridade do povo. Escrever petições ou recorrer à resistência universal do povo, todas as vezes que uma assembleia violasse a constituição, eram remédios insuficientes, já que a petição poderia não surtir efeito e o levante prejudicaria os indivíduos e as minorias, pois os aduladores da maioria sempre sacrificaram a razão, a consciência e o dever. Não obstante, a partir dessa perspectiva, o controle de constitucionalidade era visto mais como um ato político-jurídico de resistência do judiciário em cumprimento à soberania popular do que uma afirmação de supremacia.

Hamilton, todavia, parece aumentar o tom da autoridade judicial em seus escritos. Em termos práticos, no entender de Hamilton, as limitações constitucionais ao legislativo só poderiam ser preservadas por intermédio das cortes de justiça. Esse poder das cortes em revisar os atos do legislativo não implica superioridade do judiciário sobre o legislativo, apenas nega reconhecer que os delegados do povo estão acima do próprio povo. Em resposta às cartas de Robert Yates, Hamilton²⁵⁰ diz que é mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar um papel de órgão intermediário entre o povo e o legislativo. Os juízes, ao decidirem um caso, devem esclarecer o sentido do dispositivo legal; caso o magistrado julgue com base na “vontade”, perder-se-ia a razão de separar o judiciário do legislativo. Hamilton, ainda, já rascunhava um argumento que será fortemente empregado na defesa do *judicial review*: a função contramajoritária. Qualificadas por Hamilton como baluartes ou fiéis guardiãs da constituição limitada, as cortes devem agir como um foco de resistência às invasões de um legislativo instigado pela maioria da comunidade. Portanto, a fim de preservar o projeto da constituição limitada, é o poder judiciário que Hamilton vê como o menos disposto a corromper direitos políticos, pois terá menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. Finalmente, diz que o *judicial review* não

²⁴⁹ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 64.

²⁵⁰ HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 81.

retira do poder legislativo a possibilidade de revisão ou correção do judiciário, pelo contrário, mecanismos como o *impeachment* fariam com que o risco de invasões, por parte do judiciário na autoridade legislativa, não passassem de mera fantasia.

Assim, os primeiros defensores do *judicial review*, ao tentarem corroborar a autoridade da magistratura para revisar leis inconstitucionais, vão argumentar que a igualdade entre os poderes legitima a revisão dos atos legislativos pelos juízes, mas não o contrário. Vão argumentar que só existe limitação efetiva do legislativo pelo judiciário, mas que o judiciário, *em certa medida*, também é limitado pelo legislativo. Vão argumentar que, apesar da igualdade entre os poderes, o judiciário é um intérprete mais *confiável* da constituição. Vão argumentar, especialmente, que a constituição limitada determina que o judiciário deixe de cumprir um ato ou lei inconstitucional, mas não permite que os outros poderes deixem de executar uma decisão judicial inconstitucional.

Com o objetivo de embasar essas pretensões e construir uma alternativa aos modelos concorrentes, os defensores do *judicial review* destacavam os problemas na adoção da supremacia legislativa e do departamentalismo. Para Gibson, o argumento da igualdade entre os poderes admitiria que o judiciário revisasse as decisões do legislativo na mesma medida que o legislativo pudesse revisar as decisões do judiciário. Bastava inverter o raciocínio. Marshall, por exemplo, afirmou, em *Marbury versus Madison*, que não existe um meio termo; ou a constituição é superior, uma lei suprema, imodificável por meios ordinários, ou está no nível das leis ordinárias e, como as outras leis, é alterável quando a legislador queira alterá-la. Reconstruindo o argumento de Marshall de outra maneira, sob uma perspectiva inversa, a constituição também não pode ser modificável por decisão judicial e se os legisladores (ou o presidente) tiverem que optar entre cumprir a constituição ou cumprir uma decisão judicial inconstitucional, devem optar pela constituição.

A conclusão parece clara, mas os defensores do *judicial review* não estão dispostos a aceitá-la como verdadeira. Christopher Wolfe²⁵¹ tenta afastar aquilo que reputa ser uma incoerência apenas à primeira vista, explicando que a legislação é um ato que precede a adjudicação, sendo a decisão dos juízes um ato posterior ao ato legislativo. Uma reação legislativa não seria apropriada porque não seguiria o curso normal das coisas. Todavia, ele

²⁵¹ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, pp. 97-101.

próprio diz que essa resposta não encerra a questão, uma vez que o executivo poderia se negar a dar execução à decisão (sem alterar o curso normal), dando uma interpretação apropriada diante de seu próprio poder, sendo esta uma solução típica da teoria departamentalista. Não obstante, esclarece, a teoria da revisão coordenada propugna um poder absoluto de veto entre os poderes, que colocaria o executivo como o intérprete final. Se o executivo, ao vetar uma lei, pode ter seu veto derrubado, na revisão coordenada, ele poderia se recusar a dar cumprimento à lei por considerá-la inconstitucional e sendo o veto qualificado, ele se tornaria absoluto. Para Wolfe, a constituição parece exigir que oficiais do governo sejam obrigados a cumprir a lei, mesmo considerando-as inconstitucionais. É o que acontece quando o veto é derrubado.

Não obstante, como diz Wolfe, reconhecer a veracidade desse argumento reforçaria a teoria da supremacia legislativa, pois exigir que o presidente cumpra leis inconstitucionais não é diferente de exigir que os juízes também deem cumprimento a leis inconstitucionais. A culpa da inconstitucionalidade não seria deles, mas do legislativo. Diante disso, se os juízes e o Presidente não pudessem retificar a lei, caberia apenas à opinião pública fazê-lo, por meio, por exemplo, de eleições. Essa ideia deriva em grande parte do princípio republicano da soberania do povo, cujo pilar reconhece no legislativo o ramo mais próximo do povo e fonte do poder político, dele retirando a ideia de representação. Entretanto, Wolfe afirma que a constituição não é só baseada no princípio republicano. O princípio da soberania popular do povo também convive com outro princípio essencial que procura igualmente proteger a república: a separação de poderes, de forma que o povo precisa se proteger do governo, tal como a minoria precisa se proteger da maioria (que age pelo legislativo) por um sistema de freios e contrapesos. Ainda assim, escreve, a igualdade de poderes sugeriria uma queda pela teoria da revisão coordenada. Todavia, quando esse monopólio da interpretação constitucional é negado, tal como querem os departamentalistas, dá-se um grande poder ao executivo e ao veto absoluto, fazendo com que a independência e a separação de poderes, no final das contas, seja inconsistente.

Wolfe acredita que o *judicial review* é o meio idôneo de superar esse dilema, à medida que seja fundado no princípio do governo limitado e no princípio de que os juízes têm o dever de interpretar o direito e a constituição, mas apenas se não desqualificarem os princípios do republicanismo e da separação de poderes. Para evitar que isso acontecesse, o

judicial review nos primórdios da república assumiu uma versão *moderada*.²⁵² Algumas observações, porém, acerca dos argumentos de Wolfe em validar o poder exclusivo dos juízes em declarar nula uma lei inconstitucional, precisam ser ponderadas.

Inicialmente, Wolfe argumenta que a ordem *natural* de adjudicação impediria uma reação do legislativo diante de uma decisão judicial. Madison, em uma passagem citada pelo próprio Wolfe, não chegou a essa conclusão; antes disso, entendia justamente o oposto, afirmando que decidir um caso por último não implica a submissão da decisão pelos demais poderes. Ainda: de acordo com Hamilton, a previsão de correção do judiciário, por parte do legislativo, era uma forma de limitação dos poderes da magistratura. Se uma reação do legislativo, diante de uma decisão inconstitucional do judiciário é indevida, por ofender a *ordem natural das coisas*, então a denúncia de Yates de que os juízes teriam um poder que transcenderia qualquer poder já dado a um governo sob o céu ganharia força. Não faz sentido criticar as eleições como mecanismos insuficientes de *accountability* do povo para ofertar como solução um modelo que não propicia *accountability* algum. Porém, não é só isso. A *ordem natural das coisas*, como afirma Wolfe, serve para impedir que o legislativo desafie o judiciário, mas não serve para impedir o desafio executivo, último departamento do elo.

Quando todos os departamentos, diz Wolfe, possuem igualmente o direito de veto, dá-se prevalência ao executivo, sendo esta sua crítica à teoria da revisão coordenada. Não se pode conceber um governo, sustenta, em que o executivo se negue a cumprir leis que repute inconstitucionais, mas não há problema algum em conceber um governo em que o judiciário se negue a cumprir leis que considere inconstitucionais. Por quê? Porque alguém precisa desafiar o legislativo, alguém precisa proteger as minorias da maioria e se o veto recíproco de todos os departamentos é ruim, por dar ao executivo um poder excessivo, a solução de Wolf é dar o veto absoluto ao judiciário, concedendo a ele o monopólio da interpretação constitucional. Entretanto, a crítica de Wolfe à teoria departamentalista erra, ao correlacionar a *ordem natural de atos* com a ordem de desafios ou “vetos” dos poderes. Tampouco persuade o argumento de que o risco de um veto absoluto do executivo

²⁵² WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, pp. 101-117.

justificaria a concessão do veto absoluto do judiciário, por meio da concessão do monopólio da interpretação constitucional.

O argumento mais poderoso de Wolfe é que, ao conjugar a necessidade de limitar o legislativo, uma teoria de governo deve ser forjada de maneira a minimizar a anarquia interpretativa que poderia surgir com a adoção da teoria departamentalista. Ao invés de colocar esse poder nas mãos do legislativo, como fizeram os defensores da supremacia parlamentar, Wolfe, seguindo o exemplo de Hamilton e, provavelmente, de Marshall, preferiu colocar na mão daquele que seria o mais improvável dos tiranos - o judiciário, preservando, assim, a pretensa igualdade entre os poderes.

Para tanto, alguns instrumentos impediriam que o judiciário viesse a se transformar em um poder tirânico, padecendo dos mesmos males da supremacia legislativa. Ele não estaria próximo do povo, já que o povo sempre tenderia a concordar com o legislativo,²⁵³ teria o orçamento fixado por outros poderes, dependeria de outros poderes para dar cumprimento a suas decisões, seus membros poderiam sofrer *impeachment*, só poderiam declarar uma lei nula quando fosse *flagrantemente* inconstitucional,²⁵⁴ ou, ainda, seria vedado ao judiciário avaliar atos discricionários de outros poderes. Assim, um *judicial review* moderado seria responsável por harmonizar e assegurar a independência entre os poderes. Contudo, transcorridos mais de 200 anos, os limites elencados pelos federalistas para circunscrever o domínio do poder judiciário foram sendo removidos um a um, de forma crescente, fazendo com que o próprio Christopher Wolfe²⁵⁵ reconhecesse que o equilíbrio e a independência entre os poderes não foram alcançados, dando espaço à denominada supremacia judicial.

Deve-se reconhecer, todavia, que os argumentos que foram tratados até então podem servir como crítica ao monopólio da interpretação constitucional, mas não refutam a proposição de Marshall que reconhece o poder dos juízes de invalidar leis inconstitucionais. Ainda que a conclusão pela constitucionalidade de uma lei possa variar, a depender de seu intérprete, não é desarrazoado concluir que existe uma possibilidade de erro dos

²⁵³ Cf. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 49.

²⁵⁴ Cf. a decisão de John Marshall em *Dartmouth College versus Woodward*: “a dúvida que exige a deferência legislativa é aquela que persiste no fim de um esforço compreensivo em determinar a compatibilidade da lei e a constituição”, em WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 105.

²⁵⁵ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 116.

legisladores. É viável supor que, algum dia, em algum momento, um parlamento ou assembleia possa editar uma lei contrária à constituição. Corrigir esse problema através da eleição de novos representantes, na melhor das hipóteses, faria com que a norma inconstitucional vigorasse por anos, quem sabe décadas, até que pudesse ser revogada por uma nova legislatura, supondo que a opinião pública se mobilizasse para esse fim.

John Gibson²⁵⁶ não negava essa possibilidade, asseverando que a constituição e o direito da legislatura de aprovar leis poderiam estar em colisão. O problema, dizia, é que quando se autoriza o judiciário a rever um ato legislativo, sob o fundamento da supremacia constitucional e da igualdade entre os poderes, também se autoriza o legislativo a rever as decisões do judiciário, e isso Gibson não desejava. No voto dissidente, Gibson temia que o legislativo, *the strong arm of power*, acabasse ganhando o confronto, usurpando as prerrogativas da Suprema Corte. Portanto, sua solução era negar a revisão a qualquer um dos poderes, restringindo o âmbito de atuação às competências típicas dos departamentos. Contudo, a crítica de Gibson também revelou um problema na argumentação de Marshall. Em sua decisão, Marshall disse que não havia propósito em comprometer-se com uma constituição escrita, se os limites constitucionais pudessem, a qualquer tempo, ser transpostos por aqueles a quem a constituição intencionava corrigir.²⁵⁷ Marshall, nesse ponto, referia-se aos legisladores, crendo que o objeto de limitação deveria ser o legislativo, como federalista que era. Gibson, porém, lembrou que a falibilidade não era exclusiva do poder legislativo.

O imperativo lógico de igualdade fez Gibson concluir que, se o legislativo não pode revisar as decisões judiciais, então o judiciário não pode revisar as decisões legislativas, não havendo razões pelas quais somente o legislativo mostrasse aquiescência. Entretanto, o mesmo imperativo lógico de igualdade seria satisfeito, se todos os poderes pudessem revisar os atos reciprocamente, assim, uma vez que o legislativo pudesse rever decisões inconstitucionais da Suprema Corte, a exigência seria satisfeita. Sob a perspectiva da igualdade, portanto, duas conclusões seriam possíveis: a) ou não existiriam mecanismos de freios recíprocos, atuando cada poder em sua esfera funcional, ou b) todos os poderes poderiam fiscalizar-se reciprocamente, como determinava a revisão coordenada.

²⁵⁶ TUSHNET, Mark. *I dissent: great opposing opinions in Landmark Supreme Court Cases*, p. 13.

²⁵⁷ *Marbury versus Madison*, parágrafo 135.

Do exposto, pode-se aferir que aquilo que Gibson vê como um problema (revisão legislativa das decisões judiciais), na verdade reforça a tese da revisão judicial dos atos legislativos, cumprindo a exigência de igualdade e reciprocidade. Reforça, também, a tese de que prever eventual falibilidade do legislativo é tão plausível quanto prever eventual falibilidade do judiciário e do executivo. Esclarece que o dever dos juízes de dizer o que o direito é, mesmo que isso envolva tecer considerações sobre a constituição, não exime o judiciário de ser limitado por outro departamento. E não resolve aqui sugerir, como faz Hamilton, que o judiciário é limitado na medida em que os juízes podem sofrer *impeachment*; primeiro, porque uma decisão unânime da corte que fosse inconstitucional exigiria o *impeachment* de todos seus integrantes; segundo, porque o controle exercido pelo *judicial review* não se restringe aos aspectos formais de promulgação da lei ou a cassação do mandato dos parlamentares, mas sim com a nulidade material do ato em si.

John Marshall nunca afirmou, em *Marbury versus Madison*, que o judiciário federal era supremo na exposição do direito da constituição, tampouco disse que não era. Ainda que os problemas relativos à anarquia interpretativa ou o direito de dar a última palavra sobre a constituição não tenham sido abordados, parece razoável concluir que a supremacia constitucional, por si só, não proíbe, como disseram os críticos de Marshall, o poder dos juízes de revisar as leis, tampouco o exige. O problema é que as razões que legitimam o *judicial review* nos primórdios da República, de igualdade entre os poderes e de uma constituição suprema e limitada, não sustentam a tese do monopólio da interpretação judicial.

Foram essas as razões que levaram Larry Kramer a escrever que os juízes da Suprema Corte, em *Cooper v. Aaron* (1958),²⁵⁸ ao creditarem a *Marbury* a supremacia judicial, não estavam informando um fato, mas tentando criá-lo. A crítica de Kramer é dura. Realmente, Marshall não afirma isso. Porém, se for verdade que Marshall, assim como Hamilton, via nos tribunais o melhor local para solução das controvérsias constitucionais e o meio mais eficaz para limitar o legislativo, então estava plantada a semente de um *judicial review* que propugnaria sua supremacia em face dos demais departamentos. Um *judicial*

²⁵⁸ Após a decisão de *Brown v. Board of Education*, em 1954, a escola de Little Rock no Arkansas aprovou um plano de integração racial, porém o governador do Estado e a assembleia estadual aprovaram leis proibindo a integração. Em *Cooper v. Aaron*, a Suprema corte determinou que o Estado do Arkansas não poderia aprovar leis que minassem a autoridade da Suprema Corte e que os Estados eram obrigados a cumprir suas decisões em *Brown*, uma vez que a interpretação da Suprema Corte sobre a constituição constituía *supreme law of the land*. Inteiro teor da decisão disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>.

review contido, moderado, esporádico, de deferência ao legislador, muito diferente do atual, mas que abriu caminho e serviu de precedente para que seus sucessores pudessem legitimar um poder mais extenso das cortes.

2.3 DO JUDICIAL REVIEW À SUPREMACIA JUDICIAL: A AUTORIDADE QUE A SUPREMA CORTE DEU A SI MESMA?

Não há qualquer dúvida que o poder de revisão, invocado por John Marshall, difere significativamente do poder investido atualmente pela Suprema Corte norte-americana. Para Stephen Griffin,²⁵⁹ essa diferença é tão evidente que chega a lamentar o uso comum do termo *judicial review* para descrever a prática advogada por Hamilton e Marshall. Primeiro, porque os autores nunca utilizaram esse termo; segundo, porque não podiam advogar algo que desconheciam, uma vez que a expressão *judicial review* só viria a ser empregada no século XX. Em sua perspectiva, os argumentos utilizados por Marshall e Hamilton, ao conceder um poder anulador ao Judiciário, também continham requisitos que limitavam o exercício de seu poder e que foram esquecidos pelo atual *judicial review*. O equívoco, diz Griffin, ao se definir o *judicial review* como o dever dos juízes de declarar nulos atos inconstitucionais, é querer relacionar e legitimar o instituto contemporâneo do *judicial review* com os argumentos que prevaleceram em *Marbury versus Madison*, quando não se destacou ou se ignorou as partes do argumento que restringiam o *judicial review* daquela época.

Tanto para Marshall como para Hamilton, o poder de revisão dos juízes poderia ser exercido apenas quando a lei fosse flagrantemente inconstitucional, de forma que, diante de uma dúvida razoável, a lei deveria ser mantida. Griffin afirma que Marshall endossou essa regra em julgados como *Fletcher versus Peck*, *McCulloch versus Maryland*, *Dartmouth College versus Woodward* e *Brown versus Maryland*,²⁶⁰ mas o instituto contemporâneo do *judicial review* não a recepcionou, por entender que essa regra aconselharia o judiciário a ignorar casos de prováveis violações constitucionais. Outra distinção era que existiam limites sobre a apreciação de casos cuja natureza fosse política, devendo a Suprema Corte se abster de apreciar questões dessa natureza. Isso porque Hamilton acreditava que os juízes não

²⁵⁹ GRIFFIN, Stephen. *A Era Marbury*, pp. 230-237.

²⁶⁰ GRIFFIN, Stephen. *A Era Marbury*, pp. 232 e 238.

podiam criar nova lei, ao aplicar a Constituição²⁶¹ ou apreciar atos discricionários de outros departamentos do governo. O século XX também abandonou esse aspecto do *judicial review*, ao concluir que a análise de uma lei repugnante à constituição, na maioria das vezes, envolve uma questão política e não uma questão autoevidente.

Nesse aspecto, Keith Whittington concorda com Stephen Griffin e Christopher Wolfe, ao dizer que o *judicial review* dos primórdios da república não é o mesmo de hoje. Tal como Kramer, ele acredita que a virada da retórica judicial ocorre em *Cooper versus Aaron*, quando o *Chief Justice* Earl Warren apresenta a posição unânime da Suprema Corte, declarando:

In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as “the fundamental and paramount law of the nation,” declared in the notable case of *Marbury v. Madison*... that “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what law is”. **This decision [of Marbury] declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution**, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system. It follows that this interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land... Every state legislator and executive and judicial officer is solemnly committed by oath to support *this* Constitution.²⁶² (grifo nosso)

Todavia, ainda que a prática da Suprema Corte tenha se transformado no decorrer do tempo de vigência da Constituição americana, seria correto concluir que o afastamento do *Chief Justice* Warren de seu predecessor foi tão relevante a ponto de a Suprema Corte tornar-se uma usurpadora da soberania do povo ou seria a supremacia judicial o desenvolvimento lógico do *judicial review*?

Mark Tushnet²⁶³ assevera que existem duas formas de interpretar o que John Marshall quis dizer, ao afirmar que constitui enfaticamente competência e dever do departamento judicial dizer o que é o direito.²⁶⁴ Em uma perspectiva, ele poderia estar afirmando “olha, se você aprova uma lei nos pedindo para fazer algo (...), você não pode nos impedir de dizer o que é o direito. E a própria Constituição diz que é direito – de fato um direito supremo”. Nessa leitura, Marshall descreve o que as cortes fazem, nada falando a respeito de outros departamentos, oficiais do Estado e cidadãos ordinários. Em outra interpretação, ele poderia querer dizer que não apenas a Constituição, mas também as

²⁶¹ Daí dizer que o ato de interpretar não podia ser um ato de vontade.

²⁶² Cf. WHITTINGTON, Keith. *“To Support This Constitution”: Judicial Supremacy in the Twentieth Century*, p. 103

²⁶³ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*, p. 7.

²⁶⁴ “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”. Cf. *Marbury versus Madison*, parágrafo 141.

cortes são supremas, quando afirma que a competência é *do departamento judicial* – e de mais ninguém – dizer o que o direito é. Uma vez que dizemos o que o direito é, é o fim, ninguém mais pode dar um significado diverso sobre a Constituição. Tushnet prefere a primeira tese, por não trazer implicações para que a Constituição também seja interpretada fora dos tribunais, já que o segundo sentido expressa um ligeiro exagero da posição da supremacia judicial, isto é, o monopólio da interpretação constitucional.

De fato, *Cooper* pode expressar um pequeno exagero ao se contrapor à *Marbury*. Porém, uma análise mais contextualizada daria força à posição de Earl Warren, de forma a presumir que Marshall nunca defendeu que os outros departamentos pudessem desafiar as decisões da Suprema Corte, por considerá-las inconstitucionais. Na parte final de *Marbury versus Madison*, Marshall²⁶⁵ retirou da igualdade dos departamentos o fundamento do controle judicial de constitucionalidade, escrevendo que as cortes, assim como os outros departamentos, eram vinculadas por este instrumento (a constituição). Alguns anos depois, no caso *McCulloch versus Maryland* (1819), Marshall redigiu outra decisão unânime, cuja discussão versava sobre existência de poderes implícitos da União em face dos Estados, resultando na inconstitucionalidade da lei estadual que instituía tributo a um banco da União. Marshall escreveu que os conflitos entre a União e os Estados só poderiam ser resolvidos pela Suprema Corte: "(...) *and if it is to be so decided, by this tribunal alone can the decision be made. On the Supreme Court of the United States has the constitution of our country devolved this important duty*".²⁶⁶ Essa decisão fez com que a corte fosse muita criticada por advogados e juízes republicanos. Spencer Roane replicou a pretensão de Marshall, afirmando que discordava completamente da ideia de que somente a corte pudesse resolver os conflitos entre União e Estados ou de que a Constituição teria dado a ela tal tarefa. A controvérsia, todavia, era de natureza federalista, já que no início do século XIX, de forma geral, a Suprema Corte era deferente ao Congresso, só atuando de forma mais agressiva nos casos de revisão da legislação estatal, cuja cláusula de supremacia estava expressamente designada.²⁶⁷ Os jeffersonianos, por outro lado, reconhecendo que a Corte federalista de Marshall teria tendência em decidir sempre em favor da União, criticavam

²⁶⁵ *Marbury versus Madison*, parágrafo 163.

²⁶⁶ O voto de Marshall em *McCulloch versus State of Maryland* (1819) está disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/mcculloch.html>.

²⁶⁷ "I differ entirely from the supreme court when they say, that by that tribunal, alone, can the decision which they have made be made; and when they further say, that on the supreme court has the constitution devolved that important duty". Cf. KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 155.

aquilo que consideravam uma invasão indevida do judiciário e, conseqüentemente, da União. Mesmo James Madison, defensor da revisão judicial e do federalismo, em carta escrita a Spencer Roane sobre o caso,²⁶⁸ estranhou o fato de a corte discutir conveniência legislativa, por ser um claro limite à revisão judicial, dizendo que o reconhecimento de soberanias locais é uma forma de limitação do governo geral instituído na Constituição, de forma que nem a União, nem os Estados possuíam a soberania completa. Com isso, normalmente, a discussão entre os poderes legislativo e judicial envolvia o poder legislativo dos Estados em face da União ou poder legislativo dos Estados em face da constituição.

O conflito federativo entre os partidos federalista e republicano era também um conflito sobre como a constituição deveria ser interpretada. James Kent, professor de Direito de Columbia e federalista, mesmo em 1794, já dizia que o judiciário era o poder mais adequado do governo para manter a autoridade da constituição. Devido à sua forma de organização, os juízes eram a melhor linha de defesa contra as facções, representadas pela agitação e demagogia dos líderes republicanos. John Randolph contra-argumentava indagando: é mais provável que uma decisão constitucional corrupta provenha de homens imediatamente responsáveis pelo povo ou por aqueles que são irresponsáveis? Uriah Tracy, no Senado, discursava que não haveria segurança no mundo senão aquela que outorgasse ao indivíduo a faculdade de apelar ao poder judicial dos Estados Unidos, no qual poderia obter uma decisão que declarasse a lei em si inconstitucional e nula. Era isso ou recorrer a princípios revolucionários, causando uma guerra civil. Roger Griswold endossava, alegando que, se era necessário um poder para controlar as leis inconstitucionais, onde se poderia residir com mais propriedade do que nos tribunais? No que os republicanos respondiam: no próprio povo. Quando os federalistas tentavam instituir a supremacia judicial, os republicanos desafiavam: “mostre onde está escrito na constituição!”. Mas os federalistas

²⁶⁸ “Does not the Court also relinquish, by their doctrine, all controul on the Legislative exercise of unconstitutional powers? According to that doctrine, the expediency & constitutionality of means for carrying into effect a specified power, are convertible terms; and Congress are admitted to be judges of the expediency. The Court certainly can not be so; a question, the moment it assumes the character of mere expediency or policy, being evidently beyond the reach of Judicial cognizance (...) In the Government of the U. States, the case is obviously different. In establishing that Government; the people retained other Governments, capable of exercising such necessary & useful powers as were not to be exercised by the General Government. No necessary presumption therefore arises from the importance of any particular power in itself, that it has been vested in that Government; because altho’ not vested there it may be vested elsewhere; and the exercise of it elsewhere might be preferred by those who alone had a right to make the distribution. The presumption which ought to be indulged, is that any improvement of this distribution sufficiently pointed out by experience, would not be withheld”. MADISON, James. Letter to Spencer Roane. Disponível em: <http://founders.archives.gov/documents/Madison/04-01-02-0455>.

insistiam que a constituição era superior e limitava tanto o poder do legislativo como o poder do tribunal. O senador republicano James Jackson, da Geórgia, explicava que seu princípio repousava na ideia de que o próprio povo deveria se salvar de seus maiores inimigos. O povo saberia cuidar de si mesmo, sem a ajuda ou a proteção de nenhum grupo de homens. Nathaniel Macon também alegava que as eleições seriam a pedra fundamental da sociedade americana e se a máquina estatal violasse a Constituição, então o povo teria instrumentos de correção sem precisar recorrer à revolução.²⁶⁹

Respostas dessa natureza enfureciam os federalistas, que rogavam meios honestos e legítimos de defesas, freios constitucionais e não um recurso ao povo, que deveria ser excepcional. Joseph Story, amigo de Marshall na Suprema Corte, ficava enraivecido com as críticas de Roane e Jefferson ao desafiar a autoridade do tribunal. Entretanto, os republicanos, em sua maioria, não rechaçavam o *judicial review* (talvez um pequeno número o fizesse), apenas negavam a irrevogabilidade da decisão judicial.²⁷⁰

As posições eram muito abertas e a extinção do partido federalista e as sucessivas vitórias dos republicanos deixaram clara qual visão prevaleceu no início do século XIX. Entretanto, isso não resultou na diminuição do poder das cortes. No início da década de 1830, um problema relativo à invalidez de tarifas levou o Estado da Carolina do Sul a descumprir as determinações do Congresso. Nova Iorque também deixou de cumprir uma decisão da Suprema Corte em uma disputa de limites com o Estado de Nova Jersey. Dificuldades dessa natureza levaram Story a afirmar que era necessário que a constituição tivesse um único intérprete capaz de falar com a voz final, tecendo uma crítica contundente à teoria departamentalista:

There would be neither wisdom nor policy in the departmental theory; and it would deliver over the constitution to interminable doubts, founded upon the fluctuating opinions and characters of those, who should, from time to time, be called upon to administer it. Such a constitution could, in no sense, be deemed a law, much less a supreme or fundamental law. It would have none of the certainty or universality, which are the proper attributes of such a sovereign rule. It would entail upon us all the miserable servitude, which has been deprecated, as the result of vague and uncertain jurisprudence... It would subject us to constant dissensions, and perhaps to civil broils, from the perpetually recurring conflicts upon constitutional questions... **We find the power to construe the constitution expressly confided to the judicial department, without any limitation or qualification, as to its conclusiveness...** We find that, to produce uniformity of interpretation, and to preserve the constitution, as a perpetual bond of union, a

²⁶⁹ KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 143-155.

²⁷⁰ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 155.

supreme arbiter or authority of construing is, if not absolutely indispensable, at least, of the highest possible practical utility and importance.²⁷¹ (grifo nosso)

Para Story, o poder de interpretar a constituição estava destinado ao judiciário, sem qualquer limitação em relação às suas conclusões. A Suprema Corte deveria produzir uniformidade na interpretação constitucional e assim propiciar estabilidade no governo, algo que não seria possível com as “opiniões flutuantes” da revisão coordenada. Porém, as repercussões do julgamento de *Dred Scott* e a guerra civil americana dificultaram a aceitação da tese de Story.

Na opinião de Larry Kramer, uma mudança importante ocorre apenas a partir de 1865, com o caso *Lochner versus New York*. Antes da guerra, a Suprema Corte só havia declarado duas leis inconstitucionais, depois da guerra, a corte invalidou quatro leis federais na década de 1860, sete na década de 1870 e quatro na década de 1890, um número que parece pequeno, quando comparado ao período compreendido entre 1990 a 2000, quando a corte invalidou o total de trinta leis, o maior número da história. Para Kramer, o peso de *Dred Scott* foi reduzido gradualmente, a composição da Suprema Corte mudou, a nação se cansou da política da reconstrução, a ascensão do partido republicano²⁷² deu lugar a várias décadas de governo dividido, o que dá, naturalmente, mais liberdade de ação aos juízes. A Corte, com um compromisso moral de direitos de propriedade e com temor do movimento de trabalhadores, deliberadamente resolveu incrementar sua importância, transformando as disputas partidárias em questões judiciais, evitando o despotismo dos muitos (maioria) e protegendo o povo de si mesmo, preocupação própria dos governos moderados.²⁷³ Christopher Wolfe referiu-se a esse período como era de transição, quando a Suprema Corte, adotando a cláusula do devido processo legal substantivo, passou a derrubar uma série de legislações de natureza econômica a partir de uma interpretação plausível, mas discutível, do poder de comércio federal. Essa mudança, afirma o autor, ocorreu sem nenhum reconhecimento aparente por parte dos juízes de que estariam empregando uma forma de *judicial review* essencialmente diferente da era tradicional. O resultado foi a geração de uma prática moderna (essencialmente legislativa), combinado com uma teoria

²⁷¹ Para Story, a ideia de desafio às decisões da corte é estranha. Cf. a manifestação de Joseph Story em KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 184-185.

²⁷² Não confundir o partido republicano fundado em 1854 (de Abraham Lincoln), que rivalizava com o partido democrata, com o partido republicano fundado em 1791 (de Thomas Jefferson), que rivalizava com o partido federalista.

²⁷³ KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 215-216.

ou autocompreensão do poder judicial, que tornaria os juízes intérpretes e “adaptadores” autorizados da constituição.²⁷⁴

Durante o *New Deal*, as sucessivas reeleições de Franklin Delano Roosevelt foram importantes pontos de contraposição à visão judicial do *laissez-faire*. Em um discurso proferido em 1912, Roosevelt disse que o povo deveria ser o mestre e não o servo da mais alta corte e de seus intérpretes finais. E se o povo não pudesse interpretar a lei fundamental, então este não seria um governo popular. O povo, dizia, pode errar, mas ainda era melhor do que qualquer outro departamento, instituído para sua conveniência, não havendo justificativa para negar ao povo a real, e não nominal, decisão final em questões de direito constitucional.²⁷⁵

Os termos básicos do *New Deal*, como diz Kramer,²⁷⁶ são familiares. Num primeiro momento, preocupava-se com a definição e alcance dos poderes delegados pela Constituição ao Congresso e ao executivo, num segundo momento, em estabelecer os limites e formas pelas quais os direitos individuais limitavam a maneira pela qual esses poderes poderiam ser exercidos. Na primeira perspectiva, a corte intervia quando as leis eram flagrantemente ilógicas ou totalmente insustentáveis. Era um escrutínio de racionalidade pautado na autorrestrição e não no direito constitucional substantivo e, ainda que não fosse possível concluir que o racional era também constitucional, raramente o Congresso era destituído de uma base racional para aprovação das leis, de forma que a corte cedia uma grande área substantiva de autoridade constitucional. Com o acordo do *New Deal*, as cortes eram mais ativas, compreendendo demandas relativas a direitos individuais, incluindo o *Bill of Rights* e as reformas da reconstrução, voto, processo político, direitos das minorias raciais, religiosas e outras discretas ou insulares, devido processo legal e a cláusula da igual proteção. Contudo, principalmente em questões econômicas, as cortes ainda reservavam um espaço suficiente para o juízo constitucional dos outros poderes, em que a

²⁷⁴ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*, pp. 325-326.

²⁷⁵ “(...) *the masters and not the servants of even the highest court in the land*” and “*the final interpreters of the Constitution*, “for “if the people are not to be allowed finally to interpret the fundamental law, ours is not a popular government. I do not say that the people are infallible,” “but I do say that our Whole history shows that the American people are more often sound in their decisions than is the case with any of the governmental bodies to whom, for their convenience, they have delegated portions of their power, if this is not so, then there is no justification for the existence of our government; and if it is so, then there is no justification for refusing to give the people the real, and not merely the nominal, ultimate decision on questions of constitutional law”. Cf. KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 216.

²⁷⁶ KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 223-224.

base do escrutínio mínimo (racional) ainda vigorava. Por isso, mesmo que tenha ocorrido um aumento do número de pessoas sujeitas ao imposto de renda e o direito tributário tenha se tornado mais complexo, houve um declínio das causas de natureza econômica na pauta da Suprema Corte, no fim da década de 1930, cedendo espaço a causas relativas às liberdades civis. Lawrence Baum demonstrou essa ligeira inversão nas tendências pós-1930, analisando casos com decisões completas entre 1933 e 1982:

	PERÍODOS			
Áreas de questões	1933-37	1948-52	1968-72	1978-82
Liberdades civis ^a	7,8%	27,8%	59,1%	49,8%
Igualdade racial ^b	0,3	2,0	6,6	5,0
Processos criminais ^b	3,4	12,0	24,1	18,9
Tributação federal	17,8	6,5	3,6	2,5
Falências	6,0	1,6	0,5	0,6
^a Inclui devido processo, igualdade e direitos essenciais como liberdade de expressão e liberdade de religião.				
^b Incluído na categoria de liberdades civis.				

Fonte: BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*, p. 256.

Kramer explica que as cortes de Warren e Burger foram ativistas, mas, na maioria dos casos, permaneceu dentro do esquema do *New Deal*. Não obstante, casos como *Brown versus Board Education*, *Roe versus Wade*, *Engle versus Vitale*, *Craig versus Boren*, *Brandenburg versus Ohio*, *Miranda versus Arizona*, *Furman versus Georgia* colocaram em marcha a reversão do acordo de 1937 e mostraram o que uma corte ambiciosa poderia fazer mesmo com um rol limitado de direitos individuais.

O surpreendente, na opinião de Kramer, é que depois de *Cooper*, a ideia da supremacia judicial encontrou uma ampla aceitação do público. Ainda que houvesse polêmica acerca das decisões, os desafios abertos à autoridade da Suprema Corte desapareceram. Parte do motivo seria a denúncia do populismo democrático, descritos por Robert Dahl e Joseph Shumpeter, nos anos 1950, quando as massas populares teriam abraçado o fascismo e o comunismo na Europa. Isso enfraqueceu a política democrática como um local de desenvolvimento de valores substantivos e fortaleceu a noção de que os tribunais possuíam um âmbito mais apropriado de preservação dos compromissos

constitucionais, levando adiante a deliberação moral reconhecida como um aspecto crucial do governo democrático, de maneira que a corte acabou por se transformar em um “foro de princípios”. Outro fator de aceitação da supremacia judicial poderia recair no fato de a corte de Warren ter sido a primeira corte ativista liberal da história americana, dando aos progressistas a oportunidade de ver o poder judicial como departamento amistoso, algo que nunca foi problema para os conservadores. Os conservadores abraçaram a ideia da supremacia judicial e não a abandonaram. Mesmo quando criticavam as interpretações substantivas liberais, não propugnavam um constitucionalismo popular, mas somente argumentavam que a corte estava interferindo na política ordinária. Já os liberais, que sempre atacaram a corte, começaram a defender o ativismo quando beneficiava os excluídos, marginais e estigmatizados. O problema, nesse caso, foi que diversos liberais passaram a ignorar a falta de *accountability* eleitoral, aceitando que o *judicial review* pudesse tencionar com a democracia, desde que essa troca significasse um avanço importante para sua causa de justiça social. Em outras palavras, o ativismo era bom, desde que fosse liberal. Assim sendo, pela primeira vez na história americana, conservadores e liberais entraram em um acordo sobre o princípio da supremacia constitucional, de tal modo que, em 1986, quando o *General Attorney* Edwin Messe invocou a teoria departamentalista e sugeriu que as decisões da Suprema Corte poderiam ser obrigatórias só para as partes do caso, foi acusado de anarquista e de fazer um ataque calculado aos juízes como roda de suporte do sistema americano.²⁷⁷

Em *United States versus Morrison* (1994), a corte Rehnquist foi ainda além de Warren e Burger, ao descartar os princípios que serviam de restrição da autoridade da Corte depois de 1937 e reafirmar que o poder judicial é supremo na exposição do direito da Constituição. Afirmou, ainda, que desde *Marbury versus Madison* é compreendido que os constituintes adotaram uma constituição escrita na qual o poder legislativo não era apenas limitado pela opinião pública ou pela autorrestrrição do Congresso²⁷⁸.

De todo o exposto, será que Rehnquist e Warren agiram corretamente ao relacionar a supremacia judicial à exposição de Marshall em *Marbury*? Não deixa de ser curioso perceber que o mais famoso precedente de Marshall é citado tanto pelos defensores da

²⁷⁷ KRAMER, Larry. *The people themselves*, pp. 223-277.

²⁷⁸ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 277.

supremacia judicial quanto por seus críticos,²⁷⁹ que dão ênfase ao argumento final de Marshall da igualdade entre os poderes e não na superioridade do poder judiciário. Porém, mesmo aqueles que afirmam que *Marbury* constitui um precedente da teoria da revisão coordenada, reconhecem que, nas décadas seguintes, Marshall mudou de opinião.

O poder dos juízes da Suprema Corte atual é inequivocamente maior do que os juízes da corte de Marshall. Esse poder, denominado de supremacia judicial, tem sido definido de formas distintas, seja como monopólio da interpretação constitucional, seja como a prerrogativa de dar a última palavra sobre a constituição, seja como poder para realizar o controle de constitucionalidade das leis, seja como atribuir efeito vinculante às decisões do judiciário em relação aos outros poderes, seja como fixar políticas públicas gerais ou, ainda, como poder decidir quando a constituição não oferece uma resposta clara.

A supremacia legislativa, ao ser equilibrada com o veto presidencial, poderia ser teoricamente equilibrada pelo *judicial review*, outorgando o poder aos juízes de revisar a lei em face da constituição, desde que o poder final de solucionar a controvérsia entre os poderes fosse do legislativo, tal como no procedimento de derrubada do veto. Essa afirmação poderia parecer incorreta por duas razões: a primeira residiria no conceito de soberania parlamentar definido por A. V. Dicey, que veda a qualquer pessoa ou entidade o direito de anular ou pôr de lado a legislação do Parlamento;²⁸⁰ a segunda, residiria no fato de o veto real ter entrado em desuso na Inglaterra, já que desde 1707 todos os monarcas concederam o *royal assent* às leis aprovadas pelo Parlamento. Entretanto, quando o *Human Rights Act*, em 1998, permitiu que os juízes ingleses pudessem analisar a compatibilidade de uma lei em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos, emitindo uma eventual declaração de incompatibilidade, não se considerou revogada a supremacia parlamentar na Inglaterra.²⁸¹

²⁷⁹ Jeremy Waldron, por exemplo, afirma que a Suprema Corte desviou-se daquilo que havia sido instituído em *Marbury versus Madison*. Cf. WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular sovereignty*, pp. 181-202.

²⁸⁰ “The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever: and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”. DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 36.

²⁸¹ De acordo com o capítulo 42, §4 (6) da *Human Rights Act*, a declaração de incompatibilidade não acarreta na revogação ou excecutoriedade da lei, permitindo ser usada para autorizar uma iniciativa *fast-track* do procedimento legislativo. Não deixa de guardar uma certa semelhança com a comunicação feita ao Senado, descrita no art. 52 da Constituição Federal, nos casos do controle difuso.

Da mesma maneira, ainda que há séculos não tenha sido vetada uma lei inglesa, a reserva de poder do monarca para fazê-lo continua a existir, tanto é assim que uma lei do Reino Unido só é considerada aprovada se houver a sanção do monarca, exigindo-se a leitura da anuência real nas duas casas.²⁸² Nesse sentido, a história tem estabelecido uma deferência sistemática dos monarcas ingleses às decisões legislativas, fazendo com que o veto real, diferente do presidencial, tenha se transformado em mera formalidade. No Canadá, onde a Suprema Corte pode realizar atos de revisão da legislação, o Parlamento mantém a autoridade final ao garantir executoriedade às leis contrárias ao *Constitutional Act*, por meio de uma declaração de exceção renovável a cada cinco anos.²⁸³ Em ambos os casos, a revisão judicial não implicou na supremacia judicial, ao contrário, reconheceu o poder do parlamento. Entretanto, esse nunca foi o esquema institucional defendido pelos federalistas nos Estados Unidos, especialmente por John Marshall. Embora *Marbury versus Madison* não seja expresso, o posicionamento de Marshall nas décadas que se seguiram (assim como de seus aliados federalistas) leva a concluir que a igualdade de poderes, para eles, assegurava ao judiciário uma posição de destaque em face da Constituição. Hamilton, Story e Marshall, como a maioria dos partidários federalistas, neste ponto, não admitiam que outros poderes pudessem revisar decisões judiciais, nos mesmos termos que Jefferson propugnava ou a teoria da revisão coordenada.

Dessa maneira, desde 1803, os juízes da Suprema Corte alegam ter o direito de solucionar as controvérsias constitucionais, sendo considerados os “guardiões”²⁸⁴ da constituição limitada e da independência entre os poderes. Sob essa perspectiva, Rehnquist e Warren estão corretos.

Jeremy Waldron, porém, não concorda com esse ponto de vista. Os juízes americanos tornam-se supremacistas ao decidirem questões constitucionais controvertidas apenas com base em seu próprio raciocínio sobre o tema ou com base em materiais intrajudiciais oriundos de atividades judiciais passadas, ignorando outros guias da legislatura, do executivo ou das resoluções plebiscitárias do povo sobre como a questão deveria ser resolvida.

²⁸² Cf. o *Royal Assent Act*, de 1967.

²⁸³ *Constitutional Act* 1982, Parte I, capítulo 33, (1) a (4).

²⁸⁴ HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 78.

De acordo com Waldron, o caso *Employment Division versus Smith* (1990)²⁸⁵ mostra como a corte pode ser supremacista e se afastar do *judicial review*. A filosofia liberal americana sempre teve duas respostas sobre o conceito de liberdade religiosa: a primeira é definida como um direito de ser livre de leis que intencionem oprimir uma prática religiosa; a segunda é definida como um direito de ser livre de leis que oprimam uma prática religiosa, seja a opressão intencional ou não. Waldron diz que, em *Shebert versus Vernes* (1963), a Suprema Corte adotou a segunda opinião, mas em *Smith*, mudou de posicionamento e adotou a segunda. No ano de 1993, em resposta a *Smith* o Congresso aprovou o *Religious Freedom Restoration Act*, que acreditava ser a segunda posição melhor do que a primeira. Quatro anos depois, a controvérsia voltou a ser apreciada pela Corte no caso *City of Boerne versus Flores*, na qual a Corte manifestou-se da seguinte maneira:

Nossa experiência nacional ensina que a Constituição é preservada melhor quando cada parte do Governo respeita tanto a Constituição e as ações próprias e determinações de cada um dos ramos. Quando a Corte interpretou a Constituição, atuou dentro da competência do Poder Judicial, que abrange o dever de dizer o que o direito é. *Marbury v. Madison*. Quando os ramos políticos do governo agem contra a posição da interpretação judicial da Constituição já emitida, deve ser entendido que nos últimos casos ou controvérsias a Corte tratará seus precedentes com o devido respeito a eles, sob os princípios estabelecidos, incluindo o *stare decisis*, e expectativas contrárias devem estar desapontadas. O *Religious Freedom Restoration Act* foi criado para controlar casos e controvérsias, tal qual a diante de nós; mas como as provisões da lei federal estão além da autoridade do congresso, é o precedente dessa corte, e não o RFRA, que deve ser observado.²⁸⁶

Conforme Waldron,²⁸⁷ existe supremacia judicial quando a Suprema Corte ignora o debate nacional, preocupada com seu próprio raciocínio, seu próprio precedente, sua própria doutrina, que deve prevalecer. A supremacia, em sua visão, não é apenas uma questão de reservar para si a última palavra na questão, já que as cortes têm um dever inescapável de responder a questões constitucionais, como ensinou Marshall, mas de nunca serem deferentes a nada nem ninguém, exceto às decisões passadas das cortes, e crer que os outros atores políticos do sistema devem aceitar isso. Sua conclusão é de que se as cortes estiverem prontas para dar algum peso à opinião desses outros atores políticos, então a acusação da supremacia judicial não pode ser sustentada.

²⁸⁵ O caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon versus Smith* discutia a possibilidade do Estado do Oregon negar auxílio desemprego ao demitido por justa causa, por uso de peiote (espécie de cacto que produz efeitos entorpecentes), mesmo que a droga fosse empregada em ritual religioso tivesse fins religiosos, utilizada como ritual religioso, já que a posse intencional da droga era considerada criminosa.

²⁸⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular sovereignty*, p. 197.

²⁸⁷ WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular sovereignty*, p. 197.

O argumento de Waldron é o mesmo de diversos defensores do constitucionalismo popular, ao propugnarem um comportamento mais comedido e deferente da Suprema Corte em relação aos outros departamentos do governo na interpretação da Constituição. Resumidamente, as cortes têm a última palavra sobre a constituição, cabendo aos outros poderes eventualmente o direito de serem ouvidos e respeitados no processo de diálogo constitucional, entretanto, é a corte quem decide se é ou não deferente. Nessas circunstâncias, é inegável o caráter supremacista da instituição que decide se a opinião dos outros departamentos deve ou não ser acatada, retendo o poder para fazê-lo ou não. Waldron diz que, nos casos controvertidos, a corte não tem o poder de invalidar a lei, todavia, se, no fim das contas, é a própria corte que vai decidir se pode ou não invalidar, é ela a soberana, uma vez que é ela quem resolve a controvérsia. Não era exatamente essa a crítica à supremacia legislativa?

Supremacia judicial, nessa perspectiva, não está logicamente relacionada ao poder de decidir sobre tudo. Da mesma maneira, decidir por último é diferente de ser o único a decidir, o que demonstra a distinta pretensão expressa por *Marbury e Cooper*. É claro que o *judicial review*, sendo uma nomenclatura do século XX, difere substancialmente daquilo que era entendido como poder judicial no início do século XIX. Não obstante, os federalistas viram na Suprema Corte o poder responsável em dirimir as controvérsias constitucionais, viram na Suprema Corte o departamento mais próximo dos constituintes, viram na Suprema Corte o poder mais improvável de tyrannizar o povo, por ser o mais fraco dos poderes, e, por essas razões, o viram como supremo em dirimir questões constitucionais.

A diferença entre os juízes supremacistas de Waldron e John Marshall repousa em estabelecer o que pode ou não ser objeto de apreciação pela Corte, ou, ainda, sobre a possibilidade de desafio das decisões judiciais por parte dos outros departamentos (é verdade que a Suprema Corte descrita por Alexander Hamilton era muito mais respeitosa aos outros poderes, quando comparadas às declarações arrogantes de *City of Boerne versus Flores*). Contudo, essa é uma diferença de grau, abrangência, conteúdo e limite das decisões, não uma diferença de autoridade de decisão. Assim, a supremacia de uma instituição é definida por sua autoridade em determinar os casos que decide e também os casos que não quer decidir. Ela é suprema quando os limites de seu poder são estabelecidos por ela mesma e acatados por todos os poderes e foi exatamente assim que a Suprema Corte agiu em

Marbury versus Madison ao afirmar sua própria competência ao rever as leis repugnantes à Constituição, já que o controle de constitucionalidade das leis federais não era explícito.

Larry Kramer afirmou algo semelhante ao definir a supremacia judicial como um pressuposto ideológico cujo propósito maior é persuadir os cidadãos comuns que, independentemente do que pensem a respeito das decisões judiciais, não é seu papel desobedecer à corte.²⁸⁸ Assim, a supremacia não é medida pela deferência que a corte tem aos outros poderes, mas pela eficácia de suas decisões, seja ela deferente ou não. Portanto, distinto do que afirma Waldron, o *judicial review* dos federalistas é um *judicial review* da supremacia judicial.²⁸⁹ O *judicial review*, por outro lado, não se resume à maneira exposta pelos federalistas, podendo ser empregado em um governo que adote a supremacia legislativa ou que adote a revisão coordenada. Os antifederalistas e republicanos queriam um *judicial review*, mas não apoiavam a supremacia judicial.

Não deixa de ser irônico observar que, transcorridos mais de 200 anos de história constitucional, os mesmos motivos que levaram os federalistas a repudiar a supremacia legislativa têm sido ignorados na defesa de uma supremacia judicial. Diziam que as leis poderiam violar a Constituição, mas esqueceram de que as decisões judiciais também podem. Diziam que era absurdo ter que mobilizar o povo sempre houvesse a necessidade de invalidar uma lei inconstitucional, mas a aprovação de emendas para revogação de decisões judiciais seria um mecanismo válido de controle, como se os processos de alteração da Constituição não exigissem um enorme grau de mobilização nacional. Diziam que a primazia dos juízes assegurava a certeza e estabilidade diante da possibilidade de uma anarquia interpretativa, omitiram, porém, que a supremacia legislativa também satisfaz a necessidade da existência de um único intérprete possível. Diziam que uma constituição escrita não era possível em um governo em que o legislativo pudesse prescrever seus próprios limites, mas admitiram um modelo judicial autorrestritivo.

²⁸⁸ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 233.

²⁸⁹ Stephen M. Griffin discorda dessa afirmação, dizendo que a ideia da Suprema Corte como autoridade final em matéria de interpretação constitucional apenas se desenvolveu com o tempo e que o poder anulador defendido por Hamilton e Marshall é analiticamente distinto da supremacia judicial. Essa tese concorda com o argumento de Griffin de que a Suprema Corte, no decorrer do tempo, foi ignorando as condições limitadoras do *judicial review*, tornando-se um instituto diverso, cuja legitimação não pode ser justificada a partir da Marshall e Hamilton, mas discorda, pelas razões expostas no texto, que a Suprema Corte, nos primórdios da República, não se considerasse autoridade final em matéria de interpretação constitucional nas hipóteses em que se julgava competente. Cf. GRIFFIN, Stephen. *A Era Marbury: o judicial review em uma democracia de direitos*, pp. 228 e 235.

Robert Post e Reva Siegel,²⁹⁰ por exemplo, na tentativa de conciliar a supremacia judicial e o constitucionalismo, explicaram que a soberania popular, ao final, sempre prevaleceria, sendo inútil falar em última palavra das cortes. Os tribunais não poderiam impedir que os cidadãos buscassem dotar de autoridade suas crenças constitucionais, por isso, caso o povo não concordasse com a decisão judicial, poderia se mobilizar a favor de uma emenda para revogar a decisão da corte. O curioso é que os federalistas não acreditaram que o controle popular fosse capaz de limitar e controlar a constitucionalidade da legislação, exigindo o controle executivo e judicial. Como afirmou Madison,²⁹¹ as convenções do povo não seriam apropriadas para controlar o legislativo porque isso exigiria um poder constituinte permanente ou um recurso permanente ao povo, uma vez que a fiscalização deveria ser constante. Mas o ceticismo dos defensores da supremacia judicial não persiste no que tange ao controle popular da Suprema Corte. O que torna o povo incapaz de controlar o legislativo mas capaz de controlar o judiciário, departamento não eletivo? A questão torna-se mais inquietante sabendo, como alertou Franklin Delano Roosevelt, que as emendas à constituição, em última análise, também se submetem à interpretação judicial. Assim, nem mesmo uma emenda que modifica um precedente garante, de fato, que a Suprema Corte não a interpretará em seus próprios termos e não nos termos intencionados pelos constituintes. Transpondo o debate norte-americano para o Brasil, onde existe o controle judicial de emendas à constituição, a situação ficaria ainda mais grave. Nesse sentido, a autoridade última do povo seria traduzida por sua faculdade de promulgar uma nova constituição quando quisesse se insurgir contra um acórdão inconstitucional do Supremo Tribunal Federal? Essa conclusão apenas inverte o argumento revolucionário. Mais uma vez, o povo, que deveria ser poupado do controle das leis, é invocado como adequado para controlar as decisões judiciais, denotando a incoerência argumentativa.

O debate dos fundadores, assim, revela a fragilidade de um posicionamento que critica a supremacia legislativa, sob o argumento da igualdade entre os poderes, para defender a primazia judicial como meio apto de solução do risco da tirania ou do despotismo, por parte de um dos departamentos, incorrendo nos mesmos riscos que poderiam transformar o legislativo em um poder despótico. Não via, como os republicanos

²⁹⁰ POST, Robert; RIVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático*, pp. 122-123.

²⁹¹ MADISON, James. *Federalist Papers*, nº 49.

ou mesmo como Sieyès, a necessidade da consulta popular para dirimir as controvérsias entre os departamentos. Apesar de proclamar que o povo americano tinha o direito original de estabelecer, para seu futuro governo, os princípios que, em sua opinião, conduziriam a sua própria felicidade, repudiou a democracia majoritária como um procedimento válido de resposta do povo, ainda que a Constituição americana tenha sido resultado de uma consulta popular aprovada pela maioria qualificada dos Estados. Antes disso, quis enfatizar a titularidade de direitos contramajoritários, protegidos por meio de uma corte judicial não eleita, em nome do governo moderado.

2.4 PELO POVO E CONTRA O POVO

James Madison²⁹² acreditava que, nas repúblicas, todo o poder do povo deveria ser dividido em ramos independentes. No caso da constituição americana, o poder outorgado pelo povo seria dividido espacialmente entre a União e Estados, constituindo dois governos distintos e, cada um deles, seria novamente subdividido em diversos ramos. Nesse sentido, a preocupação de Madison não era diferente do receio de Montesquieu quanto ao risco de que determinado grupo, descrito como potência para Montesquieu ou como facção para Madison, fosse capaz de subjugar a república.

A facção foi definida por Madison²⁹³ como um grupo de cidadãos, minoritários ou majoritários, atuando conjuntamente por sentimentos ou interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade. Quando as facções fossem minoritárias, o próprio princípio republicano seria capaz de derrotá-las por intermédio da votação regular. Entretanto, quando a maioria integrasse a facção, o remédio da votação seria incapaz de preservar o espírito e a forma de governo popular. Para evitar o injusto domínio da facção, Madison concebeu uma grande república representativa, na qual o governo seria delegado a um pequeno número de cidadãos eleitos escolhidos, por um número maior de eleitores. Tal medida visava dificultar que candidatos sem méritos, cheios de preconceitos locais, pudessem se eleger. Hamilton também se preocupava com o risco de

²⁹² MADISON, James. *Federalist papers*, nº 51.

²⁹³ “By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community”. Cf. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 10.

que facções regionais em determinados Estados da União pudessem ser exitosos em instituir uma tirania contra as liberdades do povo, em prejuízo da ordem e da lei.²⁹⁴

Um dos meios de se proteger o governo contra a facção era assegurar o direito de veto ao executivo. Como afirmou Hamilton,²⁹⁵ o veto não apenas servia como um escudo para o executivo, mas permitia igualmente a segurança suplementar contra leis inconvenientes, controlando o legislativo e protegendo a comunidade dos malefícios das facções. Portanto, o veto não era apenas um meio de defesa contra o legislativo, mas o instrumento da comunidade para atuar contra a aprovação de leis nocivas e facciosas que tivessem sido dominadas pela maioria. Para Hamilton, seria pouco provável que todos os setores do governo fossem ao mesmo tempo e sobre a mesma matéria contaminados por um erro de julgamento.²⁹⁶ Do exposto, não há razões para crer, na perspectiva federalista, que houvesse uma distinção entre as razões do veto executivo e o veto judicial, ao contrário, para James Kent, os juízes seriam os melhores defensores contra as facções representadas pelos líderes republicanos. A distância dos juízes do povo os transformaria no ramo adequado para conservar a autoridade constitucional.²⁹⁷

Essas posições levaram Bruce Ackerman a defender que Madison (Publius) estava determinado a projetar um sistema de governo que fosse capaz de controlar as facções por meio da separação de poderes. Madison entendia, segundo Ackerman, que o povo não seria capaz de transcender o risco das facções em situações normais, razão pela qual a separação de poderes seria uma precaução acessória. Entretanto, independentemente da importância dos mecanismos de *check and balances*, o sistema confiaria, em última instância, na capacidade do povo.²⁹⁸ De acordo com Ackerman,²⁹⁹ os federalistas não desejavam que a separação de poderes significasse uma representação orgânica de diferentes classes sociais populares, como queria Montesquieu, antes disso, imaginavam que cada departamento deveria inspecionar e equilibrar uns aos outros, conscientes de que o povo também poderia intervir caso o poder fosse corrompido. Fizeram, assim, com que cada instituição governamental recebesse uma parcela do poder do Estado e impediu, simultaneamente, que a soberania popular pudesse ser canalizada em apenas uma delas: ou todos os poderes

²⁹⁴ HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 21.

²⁹⁵ HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 73.

²⁹⁶ HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 73.

²⁹⁷ Cf. KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 143.

²⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pp. 258-269.

²⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, p. 303.

representavam o povo ou nenhum deles o representava.³⁰⁰ Como afirmou Madison, a intenção para conter a maioria era fragmentar a sociedade em tantas partes e interesses de cidadãos que os direitos da minoria seriam pouco ameaçados pela maioria.³⁰¹

O projeto federalista, assim, era ambicioso e, talvez, até contraditório. Os poderes executivo e judiciário³⁰² assumiam a responsabilidade de atuar pelo povo e contra o povo. Atuavam contra o povo invalidando as decisões de sua maioria. A justificativa é que o povo, expresso por facções majoritárias, deveria ser contido. Essa se tornou uma das incumbências mais consagradas das cortes constitucionais: impedir a tirania da maioria. Porém, ao vetar ou nulificar decisões legislativas majoritárias, os juízes também estariam representando o povo, por cumprir a missão outorgada pela constituição e salvaguardando a república da opressão majoritária. Os itens seguintes debatem até que ponto essa pretensão teria sido satisfeita como alternativa à crítica da supremacia legislativa.

2.4.1. Contra o povo: o velho problema da tirania da maioria

Federalistas, como Madison, Hamilton ou Kent, enxergavam no *judicial review* uma forma de defesa das minorias, protegidas pela corte, contra as pretensões tirânicas de uma maioria representada pelo Parlamento. O receio de um legislativo tirânico não era algo novo; os ingleses já haviam vivido, durante o *Long Parliament*, uma experiência que motivou a volta do monarca como instrumento de moderação do governo, somada à constituição histórica, aos direitos naturais e à separação de poderes como limites à câmara popular. Os americanos, durante a década seguinte à independência, também tiveram o auge do legislativo. Entretanto, a confiança dos revolucionários de 1776 em suas assembleias representativas populares, expressas na frase de John Adams de que um “despotismo democrático seria uma contradição em seus termos”,³⁰³ cedeu espaço à desconfiança descrita por Thomas Jefferson, onde “173 déspotas seriam, certamente, tão opressores quanto um (...). Um despotismo eletivo não foi o governo pelo qual lutamos”.³⁰⁴ Assim, os americanos acabaram por chegar a mesma conclusão que os ingleses: um governo nacional

³⁰⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pp. 363-364.

³⁰¹ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 51.

³⁰² E, nesse aspecto, também o Senado Federal.

³⁰³ Cf. WOOD, Gordon S. *La revolución norteamericana*, p. 107.

³⁰⁴ Cf. MADISON, James. *Federalist Papers*, nº 48 e WOOD, Gordon S. *Democracia e a Constituição*, p. 196.

exigiria um legislativo limitado. Tal como os ingleses, adotaram os direitos naturais, uma constituição (que agora era escrita) e uma teoria de separação de poderes. Contudo, a visão de constituição equilibrada era diferente, assim como era diferente o significado da separação de poderes. Na Inglaterra, a teoria da separação de poderes nunca levou à conclusão de que a tirania da maioria pudesse ser evitada por meio de decisões judiciais e sim por intermédio de um corpo legislativo bicameral consciente de seus deveres, controlado pelo povo e, em certa medida, pelo rei. Essa não era uma visão isolada dos ingleses. Como afirmou Gustav Zagrebelsky, diversas monarquias constitucionais da Europa, seguindo o princípio da supremacia do legislativo, repeliram a possibilidade de se estabelecer um controle externo do parlamento.³⁰⁵ Porém, os colonos não tinham essa fé no Parlamento, visto frequentemente como inimigo e opressor, de modo que muitos americanos enxergaram no judiciário o foco de resistência de uma parcela minoritária da população contra uma maioria tirânica. E se, no início de 1780, James Iredell, um dos primeiros juízes nomeado por George Washington, já confiava essa tarefa à Suprema Corte, é imensurável, ainda hoje, a quantidade de autores que invocam esse papel às cortes constitucionais, quiçá não proclamem ser essa sua principal função. John Hart Ely,³⁰⁶ um dos maiores críticos do *judicial review*, não afastou completamente o poder das cortes de realizar o exame de constitucionalidade das leis. Sua premissa criticava o juízo valorativo das normas, mas defendia que às cortes competiria reverter as distorções democráticas em desfavor de uma minoria destituída de representatividade efetiva, garantindo a cada indivíduo o direito de ser igualmente considerado. Desse modo, tornou-se profundamente difundido relacionar cortes constitucionais com proteção de minorias.

O relato de John Stuart Mill³⁰⁷ sobre o problema da tirania ajuda a compreender ainda mais como a Suprema Corte americana acabou sendo vista como guardiã das minorias. Ajuda a compreender, igualmente, qual é o problema verdadeiro dessa controvérsia, que surge não de uma luta entre departamentos, mas de uma luta ainda mais antiga entre liberdade e autoridade. Nesse sentido, a liberdade era compreendida como uma proteção contra a tirania dos governantes políticos, de tal modo que não seria sensato justamente confiar a eles a liberdade dos membros mais fracos de uma comunidade, sendo necessário

³⁰⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, pp. 21-46.

³⁰⁶ ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*; pp. 178-179.

³⁰⁷ MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*, pp. 21-25.

que existisse um “animal de presa mais forte”,³⁰⁸ que mantivesse perpétua atitude de defesa contra a opressão do governo. De tal modo, a limitação do poder dado aos governantes era definida como liberdade. Essa limitação foi tentada de duas formas, primeiramente pelo reconhecimento de certas imunidades (liberdades) de natureza jurídico-político que, quando desobedecidas, implicavam a quebra de dever do governado, justificando o direito de resistência; igualmente, pelo estabelecimento de freios constitucionais, onde o consentimento da sociedade ou de um corpo que se supunha representar seus interesses era condição para exercício dos atos do poder dominante. Se, em relação às imunidades, o poder dominante foi compelido a se submeter, o mesmo não ocorreu com o segundo, tornando-se uma meta dos que amavam a liberdade, desde que isso não significasse combater um inimigo por meio de outro, substituindo apenas quem seria o senhor.

As eleições surgiram como um instrumento de segurança entre os poderes governamentais e limitação dos governantes, porém, com elas, começou-se a imaginar que o povo se identificava com os seus governantes e que seus interesses coincidiam com o interesse e a vontade da nação, de tal modo que a nação não precisava se acautelar de sua própria vontade, não podendo tyrannizar a si mesma.³⁰⁹ Stuart Mill afirmou que esse modo de pensar, no qual o povo não precisaria limitar seu próprio poder, tornou-se axiomático durante a última geração do liberalismo europeu, mas à medida que se sujeitava a críticas e observação, passou-se a perceber que expressões como *self-government* e “o poder do povo sobre si próprio” não exprimiam o verdadeiro estado das coisas, uma vez que o “povo” que exerce o poder não era sempre o mesmo “povo” sobre quem o poder era exercido, sendo o *self-government* o governo de cada qual sobre o resto e não sobre si mesmo. Assim, a vontade do povo significava praticamente a vontade da mais numerosa e ativa parte da maioria ou aqueles que lograram êxito em se fazerem aceitar como a maioria. A “tyrannia do maior número”, dizia Mill, constituía um dos maiores males sobre os quais a sociedade deveria se resguardar, não sendo a tyrannia restrita a seus funcionários públicos. Ao contrário, quando a sociedade expedía dados errôneos, praticava uma tyrannia social mais terrível que muitas formas de opressão política, de maneira que a proteção contra a tyrannia do

³⁰⁸ MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*, pp. 21-25.

³⁰⁹ Essa referência pode ser também lembrada na clássica conferência de Benjamin Constant sobre liberdade dos antigos e dos modernos ou nos trabalhos de Isaiah Berlin sobre liberdade positiva e negativa ou esfera pública e privada. Cf. BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p. 266.

governante não seria medida suficiente, devendo uma comunidade precaver-se contra o despotismo do povo:

Importa ainda o amparo contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes: contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além das penalidades civis, as próprias ideias e práticas como regras de conduta, àqueles que delas divergem, para refrear e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade em desarmonia com os seus rumos, e compelir todos os caracteres a se plasmarem sobre o modelo dela própria. Há um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual. E achar esse limite, e mantê-lo contra as usurpações, é indispensável tanto a uma boa condição dos negócios humanos como à proteção contra o despotismo político.³¹⁰

A obra de Stuart Mill revela o desafio que os fundadores da república americana tinham diante de si. A preocupação principal do constitucionalismo americano consistia em estabelecer um governo limitado e estável fundado na defesa da liberdade. Os mecanismos de freios e contrapesos entre os departamentos, a divisão do governo unitário em estadual e federal, o veto, as eleições dos representantes, o *impeachment*, a vitaliciedade dos membros da Suprema Corte foram concebidos para esse propósito. Ainda assim, esses institutos não se mostraram capazes de resolver as controvérsias advindas da tensão entre autoridade e liberdade, ou, em outras palavras, até que ponto a autoridade advinda do princípio da maioria do povo poderia interferir nas liberdades individuais.

A tensão entre maioria e minoria, outrossim, requer que se resolva inicialmente a definição de *self-government*. Os fundadores precisaram escolher uma teoria de autoridade que decidisse como a voz do povo seria manifestada, preservando o autogoverno. Optaram por um governo representativo, em que a vontade do povo era expressa pelo voto e decidida pelo princípio majoritário, entretanto, como observou Mill, não deixa de ser uma ficção atrelar a vontade dos representantes à vontade do povo. Dessa forma, a primeira inquirição concernente ao problema da tirania da maioria seria indagar até que ponto a vontade da maioria dos representantes poderia ser identificada com a vontade da maioria do povo.

Mill também observou que, ainda que se solucionasse a forma de expressão do povo, a maioria poderia se converter em uma das piores formas de tirania. Seria necessário estabelecer um limite à legítima interferência da opinião pública, sendo esse limite reconhecido pela instituição de um conjunto de liberdades individuais. Diante disso, a doutrina americana, desde sua fundação, tem igualmente debatido a existência e alcance

³¹⁰ MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*, pp. 26-27.

desses limites, questionando quais imunidades seriam titularizadas pela minoria diante do princípio de decisão majoritário. Conclui-se, entretanto, que os americanos, no decorrer de sua história, supervalorizaram o papel do *judicial review* e da Suprema Corte como instituição apta a guardar as liberdades da minoria contra a maioria e, com isso, resolverem o risco da tirania representada pela supremacia legislativa.

2.4.1.1. A maioria no legislativo, a minoria no judiciário

Um patriota (para lembrar as palavras de Stuart Mill) que se preocupa em edificar um governo limitado e livre da tirania majoritária ficaria surpreso diante da constatação de que tal tensão é ilusória. Conrado Hübner Mendes, por exemplo, ao propugnar por uma teoria de separação de poderes deliberativa, acredita que a tensão entre maioria e minoria, parlamento e corte, representada também no binômio substancialistas e procedimentalistas, tende a radicalizar o debate entre dois modelos de supremacia. Em uma referência ao debate canadense, Mendes questiona até que ponto a retórica entre maioria e minoria é verdadeira em grande parte dos conflitos, suscitando que, normalmente, o que ocorre é um conflito entre duas minorias e uma grande massa majoritária instável e desorganizada, de modo que a decisão judicial apenas inverte o *status quo* em favor da outra minoria que não conseguiu a coalização majoritária no processo legislativo.³¹¹ O juiz Learned Hand, em um discurso ao *American Law Institute*, no ano de 1928, em declaração semelhante, disse que a grande parte das legislações, antes de serem expressões da vontade comum, representam a insistência de uma compacta e formidável minoria.

Sometimes... We speak of the judges as representing a common will.... [But] they are not charge with power to decide the major conflicts.... We think of the legislature as the place for resolving these, and so indeed it is. But if we go further and insist that there at any rate we have an expression of a common will.... We should be wrong again. I will not of course deny that there are statutes of which we can say that they carry something like the assent of a majority. But most legislation is not of that kind; it represents the insistence of a compact and formidable minority.³¹²

A frase de Robert F. Wagner, senador do *New Deal*, ajuda a compreender a complexidade do problema. Para ele, os séculos XVIII e XIX discutiram como a vontade da

³¹¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, pp. 152-153.

³¹² Cf. o discurso na obra de NELSON, William Edward. *Marbury v. Madison: The origins and Legacy of Judicial Review*, p. 98.

maioria seria instituída em um governo representativo, no mundo de hoje (na década de 30), a discussão era como proteger a integridade e liberdades civis das minorias raciais e grupos sociais, sendo este o supremo teste de um governo civilizado.³¹³

O poder legislativo, nesse sentido, ficava sempre em uma posição crítica. Se não representasse a maioria, era acusado de ser um ramo do governo ilegítimo, se representasse, era um ramo do governo tirânico. A denúncia da tirania, porém, estava sempre presente, fosse por representar uma minoria tirânica (que governava sem apoio da maioria), fosse por representar uma maioria tirânica (que governava com apoio da maioria). Se o legislativo não representasse a vontade da maioria, mas apenas de uma minoria politicamente articulada, haveria uma grave distorção entre o povo e o governo. Como Alexander Hamilton admitiu, o princípio da maioria constituía uma máxima republicana.³¹⁴ Na perspectiva de John Locke, seria exigência do governo legítimo. O fato é que o princípio majoritário tornou-se um instrumento inafastável de justificação do governo, desde repúblicas ou monarquias a democracias, sendo a eleição concebida como um meio de controle majoritário do governo representativo. A afirmação do juiz Hand revelava algo óbvio: que o povo que governa era diferente do povo que se elegia, podendo existir uma distinção entre o que desejasse a maioria dos eleitores e o que aprovasse a maioria do parlamento. Porém, essa distorção, típica dos governos representativos, raramente conduzia à abdicação do recurso eleitoral. O próprio juiz Learned Hand, em outra passagem, fez uma defesa desse instrumento:

Seria penoso ser governado por um grupo de guardiões platônicos, mesmo que eu soubesse como são escolhidos, o que eu certamente não sei. Se eles estivessem no comando, eu perderia o estímulo de viver em uma sociedade onde eu tenho, pelo menos teoricamente, uma parte na direção dos assuntos públicos. Claro que eu sei o quão ilusória pode ser a crença de que o meu voto determina alguma coisa; mas, no entanto, quando eu vou às urnas, sinto um contentamento como se estivéssemos envolvidos em um projeto comum. Se você replicar que uma ovelha no rebanho pode sentir algo parecido; eu respondo, citando São Francisco: "Meu irmão, a ovelha" (tradução livre).³¹⁵

³¹³ Cf. NELSON, William Edward. *Marbury v. Madison: The origins and Legacy of Judicial Review*, p. 99.

³¹⁴ Hamilton, em uma crítica à representação paritária dos Estados no sistema confederado, recorreu ao princípio da maioria como instrumento de representação adequado do povo americano contra um governo no qual a maioria dos Estados poderia não representar a maioria do povo. Cf. HAMILTON, Alexander. *Federalist Papers*, nº 22 e 40.

³¹⁵ "It would be irksome to be ruled by a bevy of platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not. If they were in charge, I should miss the stimulus of living in a society where I have, at least theoretically, some part in the direction of public affairs. Of course I know how illusory would be the belief that my vote determined anything; but nevertheless when I go to the polls I have a satisfaction in the sense that we are engaged in a common venture. If you retort that a sheep in the flock may feel something like it; I reply, following Saint Francis, "My brother, the Sheep"". Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, p. 20.

Alexander Bickel explicou que o sistema eleitoral podia trazer muitas deturpações e problemas de representatividade, todavia impurezas e imperfeições não eram argumentos para seu abandono completo. Talvez, como disse Robert A. Dahl,³¹⁶ as eleições em si mesmas não fossem capazes de transformar o governo em um governo da maioria, em um sentido significativo, sendo mais um instrumento crucial de controle dos líderes. Se esse controle efetivo era feito por grupos minoritários de pressão, então a minoria governaria ao invés da maioria. Permaneceria, todavia, verdadeiro que aquele governo das minorias capaz de comandar os votos de uma maioria parlamentar só o faria com a eleição desses últimos por uma maioria do eleitorado. De um jeito ou de outro, a minoria precisa aderir à maioria, mesmo que episodicamente.³¹⁷ Porém, se isso for verdade, estariam os fundadores errados ao temer que a república dos Estados Unidos pudesse se converter em uma tirania da maioria, já que ela não constituía uma massa uniforme ou só existiria para fins de escolha dos governantes?

Para Madison³¹⁸, a república se basearia no pressuposto de que os riscos de um governo popular viriam de dentro do regime, por meio de facções e maiorias tirânicas. Na antiga república, o risco era externo ao regime, representado por monarquias e oligarquias. Nessa concepção clássica de república, o essencial era o cultivo de um espírito vigilante de virtudes republicanas, possível em pequenos povos homogêneos, onde os cidadãos se conheceriam reciprocamente. Já na concepção madisoniana de república, seria oferecida uma constituição por meio da qual o povo limitaria a si mesmo, não impedindo a maioria de governar, como faz uma oligarquia ou um governo misto, mas construindo uma república grande o suficiente para evitar a facção ou a tirania.³¹⁹ Neste ponto, o afastamento entre o povo e o governo, típico do governo representativo, antes de ser um problema, constituía uma solução.

A preocupação inicial, assim sendo, era estabelecer uma teoria de autoridade que melhor traduzisse a vontade majoritária do povo, sem que isso recaísse no extremismo político ou na tirania. Nesse aspecto, as eleições periódicas tentavam cumprir essa função,

³¹⁶ Cf. a obra de DAHL, Robert A. *A democracia y sus críticos*, cuja discussão será aprofundada no terceiro capítulo.

³¹⁷ Para Bickel, mesmo as facções madisonianas só seriam capazes de governar se fossem capazes de capturar as maiorias. Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, p. 19.

³¹⁸ MADISON, James. *Federalist Papers*, nº 10.

³¹⁹ Cf. MANSFIELD JR, Harvey C. *Governo constitucional: a alma da democracia moderna*, pp. 86-87.

de forma que os representantes eleitos, ao serem escolhidos pela maioria do eleitorado, estariam também representando a vontade (ou interesse) da maioria do povo. Essa representação era especialmente marcada pelo poder legislativo, sobretudo na *House of Representatives*, que, diferentemente do Senado, representaria diretamente o povo, e não os Estados. Contudo, como Madison³²⁰ deixou bem claro, a constituição não instituía uma, mas diversas maiorias, representadas em um complexo modelo federal e nacional.

Charles Beard³²¹ foi um dos mais contundentes teóricos a questionar as motivações dos fundadores, ao suscitar o risco da tirania majoritária legislativa. Beard pesquisou os cinquenta e cinco delegados na Convenção da Filadélfia e constatou que um terço de seus integrantes pouco ou quase nada atuaram. Dos vinte e cinco restantes, dezessete haviam se manifestado favoravelmente, em algum momento, ao *judicial review*, apesar de o debate central ter versado sobre o controle judicial dos atos legislativos dos Estados. Beard recordou que os idealizadores da constituição não estavam entre aqueles que apoiavam o ataque a direitos adquiridos implementados pela maioria legislativa dos Estados, pelo contrário, eram adversários amargos dessa empreitada e consideravam seu dever encontrar um meio de evitar aquilo que consideravam uma tirania da maioria. Para Beard, os criadores da constituição representaram o sólido e conservador interesse comercial e financeiro do país preocupado em criar um governo estável que fosse capaz de pagar o débito nacional, regular o comércio nacional e internacional e prevenir a maioria de atacar interesses privados. Concluiu dizendo que nenhum fato histórico era mais claro que declarar que os idealizadores da constituição, no *records of the convention*, desconfiavam da democracia majoritária e procuraram estabelecer bases firmes para resolver o problema dos direitos individuais, de forma a não serem violados por maiorias legislativas. Concluiu, ainda, que, ao decidir *Marbury versus Madison*, Marshall agiu com base no espírito conservador e limitador do legislativo que operou a constituinte, não sendo possível compreender a ousadia dos que acreditam que Marshall foi usurpador, quando, na verdade, sua atuação foi absolutamente coerente com esse pensamento.

A obra de Charles Beard integra uma série de críticas sobre o caráter conservador do *judicial review*. Seu raciocínio, porém, era o de que os fundadores, ou parte deles, sempre tiveram a intenção de restringir a vontade da maioria do povo para

³²⁰ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 39.

³²¹ BEARD, Charles. *The answer: Judicial Review and the Framers' Intent*, pp. 167-170.

manutenção de seus privilégios, estando o *judicial review* a serviço da continuação do *status quo*.³²² O fato é que, independentemente da intenção dos fundadores, a preocupação da tirania da maioria expressa por uma maioria parlamentar poderia ser considerada razoável, sobretudo após a aprovação do *Bill of Rights*, que instituiu uma gama de direitos constitucionais individuais. Reconhecia-se, dessa forma, que a maioria do povo era livre para escolher seus líderes e que o governo resultante desse processo estaria focado na vontade comum do povo, perseguindo o bem público, mas o medo de o povo alinhar-se a grupos de interesses, por outro lado, reconhecia que a ideia de bem público e vontade comum poderiam ser corroídas, de forma que a lei resultante surgiria como expressão de um favoritismo sectário às custas da igualdade e liberdade da minoria. O problema, assim, não se restringia apenas à dissociação entre maioria parlamentar e maioria do eleitorado, mas à maioria do eleitorado expressa na maioria parlamentar. Não era sequer um problema restrito ao governo representativo, já que o mal da tirania poderia estar presente inclusive em consultas diretas ao povo. O dilema era determinar em que circunstâncias o princípio majoritário deveria ceder e em que circunstâncias uma minoria poderia se impor diante da maioria popular, reconhecendo que qualquer uma delas poderia se transformar em um governo tirânico.³²³

Nesse aspecto, o *judicial review* surgiu como um reforço por parte dos juízes contra os legisladores infiéis,³²⁴ na tentativa de resolver o risco da tirania da maioria. Alexander Hamilton concedeu aos juízes a guarda da constituição e dos direitos individuais, precavendo a proteção da parte minoritária da sociedade contra o “mau humor” das maiorias conjunturais, de forma que a constituição, até que viesse a ser revogada, atuaria como limite a maiorias circunstanciais.

This independence of the judges is equally requisite to guard the constitution and the rights of individuals from the effects of those ill humours which the arts of designing men, or the influence of particular conjunctures, sometimes disseminate among the people themselves, and which, though they speedily give place to better information and more deliberate reflection, have a tendency, in the mean time, to occasion dangerous innovations in the government, and serious oppressions of the minor party in the community. (...) yet it is not to be inferred from this principle, that the representatives of the people, whenever a momentary inclination happens to lay hold of a majority of their constituents incompatible with the provisions in the existing constitution, would, on that account, be justifiable in a violation of

³²² LIMA, Martônio mont'Alverne Barreto. *Justiça constitucional e democracia*, pp. 88-90.

³²³ A questão, portanto, é evitar a visão pejorativa a respeito das maiorias, própria dos federalistas, ou romântica, própria dos republicanos.

³²⁴ Cf. WILLIAM, Nelson Edward. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of the judicial review*, pp. 97-98.

those provisions; or that the courts would be under a greater obligation to connive at infractions in this shape, than when they had proceeded wholly from the cabals of the representative body. Until the people have, by some solemn and authoritative act, annulled or changed the established form, it is binding upon themselves collectively, as well as individually: and no presumption, or even knowledge of their sentiments, can warrant their representatives in a departure from it, prior to such an act. But it is easy to see, that it would require an uncommon portion of fortitude in the judges to do their duty as faithful guardians of the constitution, where legislative invasions of it had been instigated by the major voice of the community.³²⁵

Seguindo essa lógica, quando a Suprema Corte declarava uma lei nula, de certa forma, frustraria a vontade dos representantes do povo (ou do povo em si), fazendo com que a vontade da maioria não prevalecesse e sim da minoria contra ela. O povo expresso pela maioria parlamentar era restrito pelo povo constituinte, superior a esse. Contudo, como bem advertiu Alexander Bickel,³²⁶ a palavra povo era usada como uma abstração que obscurecia a realidade – a de que o *judicial review* era antidemocrático na medida em que frustrava o poder das instituições representativas. Democracia para Bickel,³²⁷ porém, não funcionava como um sistema de contar narizes. Em uma democracia representativa, um representante eleito nomeava pessoas e delegava funções a outros isentos do controle popular, além disso, mesmo decisões deliberadas no passado por um referendo popular poderiam continuar a vigorar apesar de a maioria flutuar em outra direção. Isso ocorria porque todo governo dependeria de certa estabilidade, mas a estabilidade não deixaria de ser uma dificuldade contramajoritária.

A Suprema Corte, na teoria de Bickel, exerceria um papel essencial para a estabilidade de um governo. Por serem eleitos, os representantes estariam sujeitos a uma grande pressão por resultados imediatos, cabendo-lhes resolver questões urgentes e práticas, sem se preocupar com certos valores duradouros. As Cortes, em contrapartida, possuiriam mais capacidade para lidar com questões de princípios que as legislaturas e os executivos, sendo os juízes treinados para buscar os fins do governo e defender os valores gerais duradouros. A constituição, para Bickel,³²⁸ era um símbolo de continuidade, de povo, de unidade e de propósito comum dos americanos. Para o Reino Unido, esse símbolo era a coroa, mas, para os americanos, a analogia não se aplicaria ao presidente, uma vez que a instituição que simboliza a constituição precisaria estar acima das batalhas políticas.

³²⁵ HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 78.

³²⁶ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*, p. 17.

³²⁷ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*, pp. 17-18.

³²⁸ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*, pp. 25-32.

Restaria, assim, à Suprema Corte desempenhar a tarefa de estabilidade e continuidade constitucional, sendo essa a função mística do *judicial review*. Dessa maneira, o papel da Suprema Corte não seria amenizar a derrota da minoria, gerar consenso a leis controvertidas ou fiscalizar a maioria, especialmente quando as minorias possuísem outros mecanismos de salvaguarda, como o Senado, os colégios eleitorais, as majorias superqualificadas ou as práticas de rateio legislativo. Antes disso, a legitimação do *judicial review* repousaria em uma acomodação entre a teoria e prática da democracia, em uma ponderação entre ímpetos revolucionários e tradicionalistas, atuando a corte como instituição de estabilidade e sobriedade (*the sober second thought*), promotora dos valores perenes. Nesse sentido, a função de equilíbrio do *judicial review* de Bickel se aproximaria da função conservadora da separação de poderes de Montesquieu.

O próprio Alexander Bickel percebeu que as cortes não estavam tão afastadas assim da política ordinária. A indicação de um único *justice* pelo presidente já poderia ser suficiente para definir ou reverter um precedente, vinculando a decisão da Corte à visão do governo em exercício. Para Bickel, porém, essa não seria uma situação corriqueira. A teoria de Bickel, igualmente, não seria capaz de explicar a legitimação do *judicial review* em casos como o Brasil, onde ministros do Supremo Tribunal Federal acreditam que é função da corte promover a pauta progressista, em vez de defender a prudência como virtude judicial.³²⁹ Entraria em conflito, também, diante da constatação de que os juízes raramente são influenciados pelo *stare decisis*, desafiando os precedentes, quando divergem de suas convicções pessoais.³³⁰

Todavia, John Hart Ely foi o autor que desenvolveu uma das mais elaboradas críticas à teoria de Alexander Bickel. Apesar de descrever seu antigo professor e colega como

³²⁹ É o caso, por exemplo, do ministro Luís Roberto Barroso, Cf. *Luís Roberto Barroso, um progressista no STF*. Disponível em: <http://www.poderesemrevista.com.br/noticias/31/7/2015/lus-roberto-barroso-um-progressista-no-stf>.

³³⁰ A afirmação é de Spaeth e Segal, que estudaram o impacto dos precedentes em 2.425 votos de 77 *justices* em 341 casos, partindo do pressuposto de que seria impossível discernir se um juiz, ao concordar com um precedente, o aplicaria por ser um precedente ou por concordar com seu ponto de vista. Suas pesquisas, assim, investigavam em que medida os juízes, ao discordar de um precedente estabelecido, eram influenciados por ele em suas decisões. A conclusão dos autores era que raramente isso acontecia. O comportamento da Suprema Corte americana não era empiricamente consistente com as manifestações de Dworkin, ao afirmar, por exemplo: a) que os juízes não eram livres para escolher livremente entre os princípios; b) que eles não poderiam aplicar princípios extralegais de acordo com sua própria razão; c) que os juízes não tinham discricionariedade em questão de princípios e d) que quando um caso se enquadrasse no âmbito de uma decisão prévia, o caso anterior exerceria uma força vinculadora aos magistrados. Cf. SPAETH, Harold J. e SEGAL, Jeffrey A. *Majority rule and minority will*, pp. 287-288.

provavelmente o teórico constitucional mais criativo dos últimos vinte anos,³³¹ Ely partiu de uma perspectiva completamente inversa ao crer que toda tentativa de congelar valores induziria a uma situação indesejável, já que os valores considerados fundamentais em um determinado contexto poderiam deixar de sê-lo em um momento posterior. Para Ely, não haveria consenso social por se descobrir, existindo tão somente o predomínio de grupos sobre outros grupos. Contudo, ainda que houvesse um consenso axiológico, não haveria uma maneira confiável pela qual este consenso pudesse ser descoberto pelos tribunais. Assim, o que Bickel (e tantos outros autores) pregaram, verdadeiramente, foi a defesa de uma maioria qualificada que pudesse ser utilizada como limite às majorias transitórias e não haveria qualquer sentido, em sua opinião, invocar decisões majoritárias tomadas no passado, para salvar a minoria das decisões de uma nova maioria.³³²

Alexander Bickel e John Hart Ely estabeleceram, décadas atrás, alguns dos parâmetros clássicos do debate sobre maioria, minoria e tirania. Bickel formulou uma teoria que abandonava as tentativas de reconciliar majoritarismo democrático e *judicial review*, cuja legitimidade contramajoritária adviria de uma concepção mais complexa de governo democrático. Bickel também negou a assunção de que uma nação democrática deveria se comprometer com o autogoverno ilimitado e incondicional. Porém, como observou Anthony Kronman,³³³ a questão mais importante ficou sem resposta. O governo deveria se comprometer tanto com o princípio majoritário como com valores básicos duradouros, mas havia claramente uma tensão entre esses dois compromissos e declarar que a Suprema Corte era a guardiã desses ideais não explicaria como acomodar essa tensão. John Hart Ely, por outro lado, denunciou o quão ilusório seria tentar solucionar o problema da tirania parlamentar por intermédio de uma maioria judicial, fazendo com que o risco da tirania majoritária fosse tão somente transferido para a maioria judicial.³³⁴ Persistia, não obstante, a preocupação primordial americana de instituir um governo limitado que preservasse as liberdades fundamentais. Isaiah Berlin foi incisivo ao dizer que não se poderia esperar muito de um governo majoritário, destituído de qualquer restrição, seja qual fosse:

Pode-se dar nomes ou naturezas diferentes às regras que determinam essas fronteiras: podem ser chamadas de direitos naturais, palavra de Deus, direito

³³¹ Cf. KRONMAN, Anthony Townsend. *Alexander Bickel's Philosophy of Prudence*, p. 1567.

³³² ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*; pp. 80-92.

³³³ KRONMAN, Anthony Townsend. *Alexander Bickel's Philosophy of Prudence*, p. 1579.

³³⁴ Talvez essa última fosse ainda mais temível pela ausência de *accountability* eleitoral.

natural ou exigências da utilidade ou dos “interesses permanentes do homem”; posso acreditar que sejam válidas *a priori*, ou afirmar que são meus fins supremos ou os fins de minha sociedade ou cultura. O que tais regras ou mandamentos têm em comum é que são aceitos tão amplamente e estão estabelecidos tão profundamente na natureza real desenvolvida pelos homens ao longo da história, que já são a esta altura uma parte essencial do que pretendemos dizer quando nos referimos a ser um homem normal (...) Pois está claro que não pode esperar muito do governo das maiorias; a democracia como tal não está logicamente comprometida com este mínimo de liberdade e historicamente às vezes falhou em protegê-lo, ainda que permanecendo fiel à seus próprios princípios.³³⁵

O debate contemporâneo sobre tirania continua a questionar as circunstâncias nas quais o princípio majoritário deve ceder diante das liberdades da minoria. O tempo em que essa divergência vem sendo debatida intimida quem deseja chegar a uma solução – pode ser que autogoverno democrático e liberdades individuais, em última análise, sejam concepções incompatíveis entre si. Porém, ainda que venham a ser incompatíveis, é possível descobrir se elas cumprem os fins que se propõem a defender. Desde Bickel, os defensores do *judicial review* têm propugnado uma teoria democrática limitada, que não se restringe ou se confunde ao princípio majoritário. Seguindo essa tradição, outros autores como Robert Post, Reva Siegel³³⁶ ou Dworkin escreveram que a democracia não se restringiria a uma regra de contar cabeças, ou narizes, como dizia Bickel, de modo que outras teorias de decisão precisariam ser agregadas. Caberia, então, estabelecer quais formas de decisão não majoritárias poderiam ser classificadas como democráticas e não tirânicas, e se o *judicial review*, ao apresentar ponderações diversas do princípio majoritário parlamentar, seria capaz de cumprir a promessa de defesa das liberdades fundamentais da minoria contra a maioria.

2.4.1.2 A maioria no bote salva-vidas

John Locke³³⁷ via na maioria um princípio de decisão natural do corpo político, Madison a via como um princípio republicano,³³⁸ Rousseau,³³⁹ como um meio de regulamentar as deliberações da vontade geral. Assim, formas de governo distintas, como a monarquia constitucional, a república e a democracia parecem conferir e legitimar a regra

³³⁵ BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p. 266.

³³⁶ POST, Robert; RIVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático*, p. 137.

³³⁷ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, capítulo VIII, §96.

³³⁸ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 10.

³³⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro IV, capítulo II.

majoritária. Quer-se advertir, do exposto, que, embora comumente se leia a maioria como um princípio democrático, não existe qualquer razão para atrelá-la apenas às democracias ou aos governos representativos. Desde cedo, a voz do povo precisou ser canalizada em sistemas eleitorais e procedimentos de votação que traduzissem, da melhor forma possível o desejo dos cidadãos. Como será visto no capítulo 3, qualquer procedimento de deliberação pública é capaz de distorcer, em certa medida, a realidade, dificultando revelar com absoluta integridade aquilo que seria escolhido pelo povo. Porém, a base de legitimação do *judicial review*, discutida aqui, partiria de um plano ambicioso: o reconhecimento de que a supremacia legislativa levaria à tirania da maioria e que essa tirania poderia ser evitada, ou ao menos adiada, por intermédio da atuação judicial. Mais, que a intervenção judicial não apenas impediria a tirania da maioria, sem fazer substituí-la pela tirania da minoria, como a intervenção seria legítima.

A legitimidade do *judicial review*, quando explicada por autores como Madison ou Hamilton, não era adstrita aos parâmetros da democracia. Antes disso, Madison³⁴⁰ expressamente recusava o projeto democrático, por entender a democracia como participação direta do povo na tomada de decisão, assim, seu projeto era de uma república representativa. Seu conceito de democracia não era diferente do conceito de Rousseau ou Sieyès, por isso, o próprio Sieyès também não reconhecia a França revolucionária como uma democracia, mas sim um governo representativo da nação. Tendo a democracia se fortalecido como forma de governo legítimo e se admitido outras variantes, como a democracia representativa, existe, atualmente, certa necessidade em se outorgar, a qualquer poder, o caráter de democrático para considerá-lo legítimo. Esse equívoco, porém, não era próprio dos federalistas nos primórdios da república, nem do constitucionalismo inglês. O rei não era um poder democrático e sua legitimidade advinha exatamente de sua natureza diferenciadora. O certo é que o princípio majoritário se relacionou de forma conflitante com os poderes que lhe faziam oposição, como ocorria com o veto real. Desde Locke ou Montesquieu, portanto, a decisão majoritária era equilibrada com o veto de um só, o que, na opinião de Sieyès, contrariava a soberania popular. Percebe-se, com isso, que discutir o majoritarismo ou a tirania da maioria é, na realidade, discutir como a soberania popular se manifesta e, se o povo, em sua maioria, deve ou não controlar os poderes

³⁴⁰ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 10.

constituídos, ou se outros poderes, como o judicial e executivo, devem ser capazes de controlar o ramo popular do governo. Neste sentido, discutir a tirania da maioria, mais do que tratar dos diversos conceitos de democracia, poderia ser traduzido como discutir os limites da maioria legislativa pelo executivo e judiciário.

Ronald Dworkin e Jeremy Waldron iniciaram uma discussão a partir de um caso extremo, explicitado na alegoria do bote salva-vidas, para criticar e defender não apenas as bases teóricas do majoritarismo, como também os freios constitucionais do poder legislativo. Antecipando o final do debate, ambos concluíram que o caso não servia como exemplo decisivo, fosse para impugnar ou legitimar o princípio majoritário como critério de decisão intrinsecamente equitativo, porém a discussão subjacente ao exemplo serve para levantar subsídios teóricos que testam até que ponto o princípio majoritário poderia constituir um postulado central do governo democrático.

Ronald Dworkin acreditava que o debate sobre a democracia girava em torno de uma definição supostamente neutra: “a democracia é o governo de acordo com a vontade da maioria, expressa em eleições razoavelmente frequentes, com direito de voto quase total após um debate político com liberdade de expressão e liberdade de imprensa”.³⁴¹ Com base em definições como essas, muitos juristas e filósofos condenavam a prática de um tribunal que nega efeito a uma lei contrária aos direitos constitucionais fundamentais, por considerá-la ofensiva à democracia, enquanto que outros, apoiados no fato de que a democracia não era o único valor, embora fosse importante, deveria estar comprometida para servir outros valores, como os direitos humanos. Democracia, afirmou, não se resumiria a contar cabeças (ou narizes); a maioria não poderia ser considerada como um princípio universal de correção por não ser automaticamente verdadeira. Para embasar sua tese, Dworkin citou o exemplo de um bote salva-vidas lotado, em que um passageiro precisava pular para salvar os demais; em casos assim, o voto da maioria seria um dos piores métodos para escolha da vítima, porque as relações pessoais e inimizades desempenhariam um papel indesejável, sendo o sorteio um método de decisão muito melhor. A política, em escala bem maior ao bote salva-vidas, seria repleta de antagonismos e isso tornaria duvidosa a ideia de que o voto da maioria seria intrinsecamente ou automaticamente justo em situações como esta. Não obstante, se a democracia era o governo da maioria (embora já se tenha afirmado que o

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 355.

princípio da maioria não aproveita apenas essa forma de governo) e isto não seria algo desejável em si, por qual razão, indagou Dworkin, deveria ser protegida? Sua resposta era que a democracia era um conceito interpretativo e deveria ser tratada como um valor e não como definição neutra; que a estrutura e as decisões do governo deveriam reconhecer a importância igual das pessoas e a sua responsabilidade pessoal.³⁴²

O raciocínio de Dworkin consistia em analisar dois conceitos de democracia: a concepção majoritária e a concepção de parceria. O primeiro conceito defendia que o autogoverno existia quando a maioria conservava o poder político fundamental, com eleições frequentes para que governantes fossem encorajados a fazer a vontade da maioria, sendo que, nesta concepção, não existia o comprometimento eleitoral majoritário na produção de um resultado justo, ao contrário, as leis poderiam inclusive ir de encontro a teorias agregativas de justiça, como o utilitarismo, produzindo leis contrárias ao bem-estar médio ou total. Esta primeira concepção não negava necessariamente a atuação de juízes para proteção do poder do povo ou da liberdade de expressão. Acreditava, todavia, que o escrutínio judicial não era apto a decidir questões controversas como aborto ou pena de morte, com o risco comprometer todo o sentido da democracia majoritária. Para esta primeira concepção, a regra da maioria era o único método equitativo de governo de uma comunidade, à medida que o majoritarismo propiciava a cada um dos participantes relevantes³⁴³ o direito moral de ser tratado como igual. Dworkin refutou este argumento, inaugurando um famoso debate com Jeremy Waldron, duvidando que a decisão majoritária, como princípio geral de equidade processual, aplicado independente do contexto, fosse um processo intrinsecamente equitativo.³⁴⁴

O dilema dos passageiros no bote salva-vidas não poderia ser resolvido por uma votação majoritária, pois a única forma de solução seria escolher o método de decisão mais justo. Claro que poderia ser suscitado, como provocou Waldron, um problema de discordância sobre qual seria o método mais justo, exigindo assim uma prévia votação para a escolha do método. Todavia, para Dworkin, não haveria diferença em estabelecer por votação o critério de sacrifício, para, em seguida, votar qual passageiro seria sacrificado, já

³⁴² DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 392-393.

³⁴³ Para Dworkin a decisão majoritária exige que previamente se delimite as pessoas *certas* que titularizam o poder moral de participação. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 388-389 e 394.

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 392-393.

que as controvérsias sobre os processos mais justos seriam controvertidas até o fim. Em casos, como esse, haveria uma solução óbvia: o sorteio.³⁴⁵

A teoria de dignidade de Dworkin não era contrária à decisão majoritária e nem defendia o sorteio em substituição a esta, não se afastando, assim daquilo que Hamilton afirmou ser um postulado republicano. Todavia, acreditava que a escolha de um critério de decisão política deveria ser realizada a partir de uma concepção de parceria, isto é, os membros deveriam agir com igual respeito e preocupação por todos os outros parceiros, vinculando o governo democrático às suas condições substantivas de legitimidade. Logo, a regra majoritária só teria autoridade moral para decidir se as instituições através das quais governa fossem suficientemente legítimas. O *judicial review* surgiria como uma forma possível³⁴⁶ para reforçar a legitimidade do governo, ao defender a independência ética da minoria e reforçar o direito moral da maioria em impor sua vontade em outros temas.

Um dos argumentos contrários à concepção democrática de parceria é o reconhecimento da igualdade política, sustentada por autores como Jeremy Waldron. Dworkin, entretanto, explicava que a igualdade política era um conceito interpretativo que poderia ser definido de três formas diferentes: a) todos os cidadãos adultos teriam a mesma influência sobre decisões políticas (igualdade de influência); b) todos os cidadãos adultos teriam o mesmo peso³⁴⁷ na decisão política (igualdade de impacto),³⁴⁸ e c) nenhum impacto político de um cidadão adulto seria inferior ao de outro cidadão, por razões que comprometeriam sua dignidade (igualdade de atitude). As duas primeiras viam a igualdade como ideal matemático (pesos iguais), a terceira enxergava a igualdade política como uma questão de atitude (tratava os cidadãos como iguais, sem dar pesos iguais). Para Dworkin, o problema da igualdade de influência é que ela era irrealista (a opinião de um superstar é capaz de agregar mais pessoas que a opinião de um desconhecido) e indesejada (só poderia se concretizar em governos totalitários). O problema da igualdade de impacto era que, diferente do que ocorria em pequenas assembleias, o governo representativo, o sistema eleitoral e a separação de poderes diluiria o valor de controle político para quase zero. O

³⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 394.

³⁴⁶ Dworkin reforça sua ideia de que o escrutínio judicial é apenas uma possibilidade e não uma estratégia infalível de preservação da legitimidade do governo. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 392-395.

³⁴⁷ Um exemplo normalmente empregado da igualdade de impacto é a regra *one man, one vote*.

³⁴⁸ Dworkin explica que a influência está relacionada à capacidade de um indivíduo levar outros a aderirem ao seu lado, o impacto é limitado por aquilo que o indivíduo consegue alcançar por meio de sua opinião, isto é, o poder que cada pessoa tem de controlar as leis da sua comunidade apenas em virtude das suas próprias preferências. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 396-397 e *A virtude soberana*, pp. 263-273.

mero reconhecimento da igualdade do voto não seria capaz de assegurar a igualdade de preferências na elaboração da lei ou da política, privilegiando pessoas como presidentes, primeiros-ministros, parlamentares ou juízes. Diante disso, Dworkin proporia uma distinção entre poder político e estatuto político, afirmando que a igualdade política estaria relacionada a este último. A desigualdade de impacto poderia revelar um menor estatuto político, isto é, normalmente, a desigualdade do voto revelaria um desrespeito à determinada categoria ou raça. Porém, nas situações em que o desvio do peso de impacto não estivesse pautado em um insulto ou redução do estatuto político, a igualdade de impacto poderia não ser essencial.³⁴⁹ Assim, a forma aritmética de igualdade, defendida pela concepção majoritária, não teria qualquer valor em si mesma e o governo da maioria não seria um processo de decisão intrinsecamente justo. Tampouco se mostraria capaz em explicar sistemas constitucionais legítimos que admitiriam a desigualdade de impacto, mas não ameaçariam a dignidade, como o desigual impacto do senado em relação à representação populacional (já que a composição seria fixa por Estado) e o colégio eleitoral para escolha do presidente da república.³⁵⁰ Desta maneira, a igualdade de impacto político dos votos poderia servir como uma regra básica que admitiria exceções legítimas, caso a distinção preenchesse duas condições: uma negativa (não poderia pressupor que uns nascessem para governar outros) e uma positiva (a quebra da igualdade de impacto reforçaria a legitimidade da comunidade).³⁵¹

A concepção de parceria, como requisito negativo, não admite a quebra da igualdade de impacto para defender aristocracia de gênero, raça, etnia, casta, religião, riqueza ou talento. Dworkin acredita que mesmo nos Estados Unidos ainda existem resquícios de discriminação, como Illinois, que exigiu dos eleitores a carta de habilitação ou identidade com foto, excluindo pessoas desproporcionalmente pobres destituídas dessa identificação.³⁵² Em relação ao requisito positivo, Dworkin analisa os argumentos

³⁴⁹ Situações em que a desigualdade de impacto não gera desrespeito ou negação da dignidade ocorrem, por exemplo, por meio da reorganização de distritos, deixando distritos com quantidades desiguais de eleitores, a fim de eleger maior quantidade de representantes negros. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 399.

³⁵⁰ Ao menos não quando foram pensadas para a criação da nação. Atualmente, Dworkin defende que a ausência de eleições diretas para Presidência constitui uma distorção e que as eleições para o Senado deveriam seguir o estatuto dos congressistas, distribuindo os estados por população. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 402.

³⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 396-400.

³⁵² Ele refere-se ao caso *Crawford versus Marion County Election Board*, onde a Suprema Corte manteve a lei, de forma errada na opinião de Dworkin. Todavia, diante de escandalosos casos de corrupção eleitoral no Brasil,

majoritários para defesa do governo representativo. A concepção majoritária defende que a igualdade de impacto será mantida por um parlamento se existir liberdade de imprensa e eleições frequentes, propiciando que os governantes julguem de acordo com aquilo que a maioria deseja, tornando os governantes canais da vontade da maioria. Dworkin, não obstante, acha que existem diversas razões (além daquelas defendidas por Burke) menos respeitáveis para que os governantes ignorem a vontade e o interesse da maioria, como agradar aos grandes contribuintes, comprometendo a igualdade de impacto no governo representativo. Ele crê que sua concepção de parceria defende o governo representativo mais eficazmente que a majoritária. Sendo plausível que governantes eleitos sejam mais capazes de proteger os direitos individuais das mudanças da opinião pública, não pode haver uma exigência geral de referendo nem acreditar que o governo representativo constitui um déficit automático na democracia. Assim, os dois requisitos, negativo e positivo, para o impacto político desigual são satisfeitos, ao menos em princípio.³⁵³

Ao explicitar as deficiências conceituais da concepção majoritária e sua defesa da concepção de parceria, Dworkin volta à questão da legitimidade do *judicial review* e faz a seguinte indagação: juízes não eleitos podem negar aquilo que foi decidido pela maioria ou por seus representantes (cujas bases majoritárias são inegáveis) realizando um escrutínio judicial substantivo? Para a concepção majoritária, não, para a concepção de parceria, não necessariamente. Quando a maioria dos juízes da Suprema Corte invalida uma lei, suas decisões possuem uma diferença de impacto em relação aos demais cidadãos, todavia, não agem por discriminação de nascimento ou de riqueza, satisfazendo a primeira condição. Resta saber se o escrutínio judicial reforça a legitimidade democrática em geral. Para analisar o segundo requisito, Dworkin compara os juízes da Suprema Corte aos governantes³⁵⁴. Apesar de serem eleitos, os eleitores perdem o controle dos governantes durante o período em que eles exercem o mandato,³⁵⁵ concedendo-lhes muito mais poderes neste período do que juízes teriam por toda sua vida. Os juízes, diferente do presidente, não têm poder para agir de forma independente, pois dependem de sua capacidade de atrair uma maioria de outros

parece razoável exigir a identificação do eleitor por meio de foto ou digital. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 400-401.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 401-402.

³⁵⁴ Nos Estados Unidos, o processo para escolha de um *justice* é mais influenciado pelo público americano do que a escolha de senadores eleitos por um pequeno estado, afirma Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 404.

³⁵⁵ George W. Bush seria um exemplo de presidente inflexível ao prosseguir com políticas impopulares. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 404.

juízes para a sua opinião. É verdade que um governo pode não precisar do escrutínio judicial para ser legítimo. Isso ocorre em países onde há maiorias estáveis que possuem um bom registro de proteção da legitimidade do seu governo, por identificarem e respeitarem os direitos individuais e os das minorias. Contudo, mesmo países com essa tradição podem estar suscetíveis a cometer erros (como ocorreu nos Estados Unidos e Reino Unido após os ataques terroristas). Por outro lado, nada asseguraria que o escrutínio judicial tornaria uma comunidade majoritária mais democrática e legítima. A história, diz Dworkin não ensina se o escrutínio judicial pode reforçar a legitimidade, mas ela mostra que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte tem uma contribuição histórica positiva, melhorando a democracia americana.³⁵⁶

Jeremy Waldron afirma que os filósofos nunca superaram seu desdém pela democracia, desde Sócrates. Dworkin parece seguir essa tradição, pois, apesar de defender a democracia, não é entusiasta de qualquer versão de democracia definida pelo uso da decisão majoritária. Mas sua desconfiança não se restringe à conclusão de que o princípio majoritário não é necessariamente democrático. Influenciado por uma longa tradição federalista que vê o povo pejorativamente, Dworkin acredita, tal como Madison, que uma democracia representativa é mais capaz de proteger os direitos individuais do que o próprio povo em si. Para Waldron, Dworkin acredita que o *judicial review* é compatível com a democracia, mas não por causa da decisão majoritária; como todos os filósofos, ele não está muito interessado em saber como as cortes resolvem o seu desacordo. Seu ponto de vista revela vários problemas: i) mesmo no caso de lugares onde existe o *judicial review*, há desacordo sobre quais direitos o povo tem; e ii) não parece ser possível ultrapassar esses desacordos entre juízes para uma decisão da corte, a não ser usando um princípio de decisão. Waldron diz que há mais de vinte anos desafia os defensores do *judicial review* a explicar o uso do princípio majoritário pelas cortes, ao exercerem uma revisão contra-majoritária; até hoje ele afirma aguardar uma resposta honrosa.³⁵⁷

Waldron supõe que Dworkin retirou o exemplo do bote salva-vidas do caso *United States versus Holmes*, de 1842, em que 14 passageiros foram lançados ao mar devido à superlotação do bote. Nesta ocasião, os passageiros masculinos foram sacrificados,

³⁵⁶ Dworkin faz uma crítica às últimas decisões da Suprema Corte e torce por uma melhora nas futuras nomeações: “temos de fazer figas”. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 407.

³⁵⁷ Cf. WALDRON, Jeremy. *A majority in the lifeboat*, p. 1044.

permanecendo as mulheres e a tripulação. Posteriormente, houve um julgamento do evento, e Holmes foi condenado por homicídio involuntário. O juiz do caso sustentou que a superioridade numérica da tripulação não tinha o direito de sacrificar os passageiros, o correto seria aplicar o princípio clássico da marinha, primeiro os marinheiros ao mar ou, ao menos, o princípio de seleção por sorteio. Resgatando, entretando, as justificativas do advogado de defesa de Holmes, Waldron questiona se a escolha do sorteio poderia ser considerada como um critério “óbvio”, desprezando outras regras de humanidade, como a preservação de mulheres e crianças.³⁵⁸

Desde o princípio, Waldron aquiesce que a decisão majoritária não seria adequada naquela situação específica, mas seu propósito é problematizar a posição de Dworkin. Para alcançar este propósito, Waldron questiona como se daria a escolha do princípio de sacrifício, ou seja, qual critério de sacrifício deveria ser previamente fixado dentre vários disponíveis: o sacrifício dos marinheiros, o sorteio, os que tivessem a saúde mais débil ou a decisão majoritária. Dworkin, como já mencionado, considera um argumento redundante considerar legítima uma decisão majoritária como critério de sacrifício, se o meio de escolha desse critério também se deu majoritariamente. Todavia, Dworkin não explica como os passageiros do bote salva-vidas deveriam decidir diante da multiplicidade de formas de sacrifício. Waldron afirma que a resposta de Dworkin foi dada em uma conversa, sugerindo que os passageiros deveriam discutir o tema até que uma solução se sobressaísse. Isso é comum entre os democratas deliberativos que acreditam que uma longa discussão dissipa a necessidade de votação.³⁵⁹ Entretanto, na perspectiva de Dworkin, mesmo que a denúncia da falácia circular (uma votação majoritária para legitimar um processo de decisão majoritário) fosse afastada, imaginando que os passageiros só pudessem escolher entre o critério de sacrifício do sorteio ou da saúde, ainda assim, a maioria não seria um critério de decisão aplicável para resolver o conflito entre dois critérios não majoritários.³⁶⁰ Deste modo, com o exemplo do bote salva-vidas, Dworkin conclui ser inadequado amarrar o

³⁵⁸ WALDRON, Jeremy. *A majority in the lifeboat*, p. 1046.

³⁵⁹ WALDRON, Jeremy. *A majority in the lifeboat*, pp. 1051-1052.

³⁶⁰ Dworkin respondeu a crítica de Waldron explicando que as razões que excluem a decisão majoritária da lista são as mesmas razões pelas quais a maioria não está autorizada a escolher os critérios de sacrifício da lista. O critério de saúde, que escolhe o mais velho ou menos saudável, só poderia ser apropriado se os passageiros não soubessem antecipadamente quais seriam os doentes ou enfermos (adotando uma posição rawlsioniana). Outro cenário, entretanto, poderia ser pensado. Em vez de sortear o passageiro, poderia ser sorteado o critério de sacrifício, colocando a decisão majoritária como uma das possíveis regras de decisão, porém, não parece que Dworkin pudesse vir a defender esta alternativa. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, pp. 492-493.

conceito de democracia com a ideia de decisão majoritária, porém, o máximo que ele consegue é desacreditar a decisão majoritária como um procedimento particular de escolha entre vida e morte. Aqueles que vinculam as decisões majoritárias à democracia estão interessados em debater decisões substantivas de política e princípio, no seu âmbito apropriado, e não dentro de um bote decidindo casos individuais.

Apesar de Waldron reconhecer que a decisão majoritária não é sempre apropriada para resolver questões particulares (como também Dworkin acredita que o sorteio não é apropriado para resolver todas as questões públicas), ele reconhece que a decisão majoritária não está permanentemente banida de seu uso particular, como no caso do bote salva-vidas. Sua indagação é descobrir por que Dworkin considera tão desagradável dar poder à maioria de decidir sobre vida e morte durante um naufrágio, mas não se incomoda com a maioria do tribunal ter esse mesmo poder de vida e morte na revisão de processos capitais, por exemplo. No caso do bote salva-vidas, Dworkin temia que as inimizades e as relações pessoais comprometessem a decisão majoritária como justa e adequada. Para Waldron, a existência de predileção ou preconceito entre os passageiros são uma versão daquilo que Dworkin denominou, em outras circunstâncias, de preferências externas, todavia, Dworkin anteriormente se utilizava das preferências externas para demonstrar a inadequação de seu emprego em um número limitado de casos e não como uma crítica geral ao majoritarismo, como expressou no caso do bote salva-vidas. O que o exemplo do bote salva-vidas poderia ensinar é que a decisão majoritária não seria intrinsecamente justa naquele caso, mas isso não permitiria concluir a inadequação do majoritarismo em geral, como não permitiria concluir que seria uma tolice associá-lo à democracia.³⁶¹

Da mesma forma, Waldron explicou que uma das críticas do julgamento de *Holmes* era que o princípio de sacrifício eleito pelos tripulantes deveria ter sido declarado a todos os passageiros do bote. O mesmo se passa no campo mais amplo da comunidade política, onde a decisão deve ser obtida por meio do comum acordo dos membros da sociedade. Exige-se não apenas que cada voz seja dada, ela também precisa ser contada e contada igualmente, com base em um acordo comum. O princípio da maioria (e apenas esse) satisfaz a essas exigências.

Esta é a essência de um famoso argumento dado por Kenneth May: se queremos uma decisão seja tomada por membros de um grupo entre duas opções, e se

³⁶¹ WALDRON, Jeremy. *A majority in the lifeboat*, pp. 1052-1054.

queremos que o processo de decisão satisfaça as exigências de (i) decisividade, (ii) neutralidade, (iii) igualdade, e (iv) capacidade de resposta positiva (no nível mais alto compatível com igualdade), então o princípio majoritário é o único princípio a ser utilizado.³⁶²

Com isso, o princípio majoritário não é moralmente insignificante porque as condições que o exigem não são moralmente insignificantes. Para Waldron, a crítica de Dworkin, ao valer-se das preferências externas, não apenas oferece um motivo para discordar dos resultados majoritários, como também oferece um motivo que prejudica uma das premissas pela qual se apela normalmente ao princípio majoritário (capacidade de resposta positiva)³⁶³. Essa colocação, entretanto, não ilustra ou responde o problema do bote salva-vidas, ao contrário, para Waldron, o exemplo do bote-salva-vidas tanto pode revelar o inadequado emprego de uma concepção majoritária que “conta cabeças”, como também pode ser um exemplo de emprego de uma decisão majoritária, nada revelando sobre as circunstâncias que tornariam inadequado seu uso. Para descobrir quando as decisões majoritárias são adequadas seria preciso, na opinião de Waldron, verificar outros trechos da obra de Dworkin, como a que ele aborda a diluição da igualdade de impacto diante do sistema eleitoral e da separação de poderes ou quando ele articula uma poderosa concepção alternativa de igualdade política. O exemplo do bote salva-vidas seria apenas uma distração.³⁶⁴

O cerne da discussão entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, nos dois artigos abordados, consiste em debater os limites das decisões majoritárias. O exemplo do bote salva-vidas, oferecido por Dworkin, é uma estratégia argumentativa para esticar e levar às últimas consequências determinados postulados teóricos, a fim de demonstrar a fragilidade e enfatizar as diferenças entre as duas perspectivas distintas de igualdade política e democracia. É possível, como ressalva o próprio Waldron,³⁶⁵ que qualquer argumento pareça tolo quando levado ao extremo, porém, John Stuart Mill acreditava que razões que não são boas em casos extremos, podem não ser boas em caso algum³⁶⁶.

³⁶² Cf. WALDRON, Jeremy. *A majority in the lifeboat*, pp. 1055.

³⁶³ A quarta condição do teorema de May determina que se alguns eleitores alteram seus votos em favor de uma alternativa, de forma que todos os outros permanecem iguais, a decisão não muda de direção. Se houver quebra na direção, a mudança segue na direção da alteração dos votos.

³⁶⁴ WALDRON, Jeremy. *A majority in the lifeboat*, pp. 1056-1057.

³⁶⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and defamation: the visibility of hate*, p. 1643.

³⁶⁶ “É estranho que os homens admitissem a validade dos argumentos a favor da livre discussão, mas objetassem que eles são “levados ao extremo” não vendo que, se as razões não são boas num caso extremo, não são boas em caso nenhum”. Cf. MILL, Stuart. *Da liberdade*, p. 65.

É possível tecer alguns aspectos comuns entre a teoria de ambos: a) nenhum deles afirma que a decisão majoritária, por si só, é democrática; b) ambos defendem que a comunidade deve estar comprometida com a ideia de direitos; c) ambos acreditam que é indesejável que a maioria tire a minoria³⁶⁷; d) se Dworkin acredita que a mera existência de uma corte constitucional não é certeza de maior legitimidade e democracia, Waldron também tem defendido a possibilidade do *judicial review* quando houver legislações patológicas ou disfuncionais³⁶⁸, e e) tanto Waldron como Dworkin acreditam que a definição do critério de sacrifício do bote salva-vidas diz pouco a respeito da admissibilidade e vinculação desse critério em outras arenas de deliberação da política pública.

Entretanto, apesar das convergências, é necessário analisar os pontos divergentes acerca das concepções de igualdade política e democracia. Um dos pontos trazidos pelo exemplo do bote salva-vidas é descobrir se a maioria pode estabelecer os limites da maioria, isto é, se a maioria dos passageiros poderia escolher como critério de sacrifício a decisão majoritária. Para concepção de parceria dworkiana, os motivos que proibiriam a maioria de votar (relações pessoais e inimizades) seriam os mesmos motivos que proibiriam a maioria de escolher o critério de sacrifício. Nessa mesma linha, Stephen Macedo³⁶⁹ acredita que é paradoxal permitir que a maioria decida os limites da decisão majoritária. Se todos os procedimentos de decisão são controvertidos, como quer Waldron, por que aceitar a regra majoritária? Esta crítica também é feita por Wil Waluchow,³⁷⁰ pois já que tudo na política está sujeito a uma discordância razoável, não haveria motivos para preferir a solução majoritária de Waldron, ao invés das soluções de Dworkin, Rawls ou Freeman.

³⁶⁷ Waldron não nega a existência de tirania da maioria, mas explica que só há tirania se a minoria tópica (destinatários da decisão) é sistematicamente coincidente com a minoria decisória (os que têm poder de voto): “To sum up, tyranny of the majority is possible. But the term should not be used simply to mark the speaker’s disagreement with the outcome of a majority decision. The most fruitful way of characterizing tyranny of the majority is to say that it happens when topical minorities are aligned with decisional minorities. In Part VII, I shall consider the application of this to what are called “discrete and insular minorities”. Cf. WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*, p. 1398.

³⁶⁸ “In the case of legislatures, however, hasty or sectarian legislating is not part of the normal theory of what legislatures are set up to do. It is not what we should assume for the core case of legislative decisionmaking in a society most of whose members respect rights. There may be some countries—perhaps the United States—in which peculiar legislative pathologies have developed. If that is so, then Americans should confine their non-core argument for judicial review to their own exceptional circumstances” Cf. WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*, p. 1386.

³⁶⁹ MACEDO, Stephen. *Against majoritarianism: democratic values and institutional design*, pp. 1032-1033.

³⁷⁰ WALUCHOW, Wil. *Constitutions as living trees: an idiot responds*, p. 17.

Macedo³⁷¹ ainda afirma que algumas objeções da maioria em relação aos direitos da minoria são flagrantemente irrazoáveis, como negar defesa gratuita a um criminoso carente ou negar o direito dos homossexuais adultos terem relações sexuais na privacidade de seus lares, sendo pertinente questionar o que motiva a maioria dessas pessoas a querer negar esses direitos. Nesses casos, o emprego ou não da decisão majoritária deve ser decidido como uma questão pragmática, aplicada quando a votação for a mais justa ou útil para todos os interessados. A decisão majoritária deve ser vista apenas como uma forma de decisão dentre tantas outras compatíveis com o princípio de igualdade política. Ele explica que é um erro afirmar que existe um *déficit* para democracia, quando juízes não eleitos invalidam uma lei aprovada pelo parlamento. Os juízes não estão isentos de *accountability*, pois suas decisões estão sujeitas a intenso escrutínio e debate. Seguindo uma linha em defesa de um constitucionalismo mais fraco, Macedo defende que as decisões das Cortes não sejam finais, embora reconheça a dificuldade de reversão em países como os Estados Unidos, existindo outros países que, talvez, possuam um melhor desenho institucional entre cortes e parlamentos. Tal como assevera Dworkin, Macedo³⁷² acredita que o *judicial review* é apenas uma possibilidade de garantia de legitimidade e não uma certeza. Só a atuação da corte poderá determinar se ela fará uma comunidade mais legítima e democrática. As cortes, assim, teriam mérito por ser um espaço para audiências das partes que acreditam que seus direitos têm sido violados injustamente, reconhecendo que os tribunais podem ser um fórum de participação intrinsecamente valioso³⁷³.

Macedo chega a esboçar a defesa da concepção majoritarista expondo que, diante do desacordo, os métodos de decisão alternativos apenas privilegiam as vozes ou os votos de poucos, enquanto que o princípio majoritário pelo menos permite a voz e o voto de cada cidadão de uma sociedade. Sua crítica, contudo, se concentra no desacordo da regra majoritária como critério de decisão, mas, tal como enfatiza Waldron, não fornece uma explicação plausível para admitir que a voz de poucos substitua a de muitos. A resposta honrosa que Waldron espera não foi respondida por Dworkin nem por Macedo, porque é

³⁷¹ MACEDO, Stephen. *Against majoritarianism: democratic values and institutional design*, pp. 1034-1038.

³⁷² MACEDO, Stephen. *Against majoritarianism: democratic values and institutional design*, pp. 1036-1041.

³⁷³ Matthew Verdin critica a solução de Macedo ao afirmar que a instituição de advogados ou supermaiorias geram um ambiente de desconfiança para as futuras ações da maioria. Força a minoria a encontrar consolo em uma instituição ao invés da comunidade e tende a diminuir a necessidade de um diálogo significativo com a maioria, essencial para qualquer ambiente político. Cf. VERDIN, Matthew. *Defending the majoritarian case against judicial review*, p. 14.

difícil explicar, em termos lógicos, a existência de um órgão contramajoritário que decide majoritariamente. É difícil argumentar que a decisão parlamentar, por ser majoritariamente tomada, pode ferir direitos fundamentais, justificando, assim, que uma corte possa corrigir o problema adotando um procedimento de decisão igualmente majoritário³⁷⁴, pressupondo que os direitos e liberdades fundamentais, sujeitos à vulneração por uma maioria parlamentar, não são vulneráveis por uma maioria judicial.

São dois, assim, os problemas sem resposta: i) Waldron não explica por que deveria haver concordância em optar pela decisão majoritária, diante de um dissenso profundo (ou como quer o exemplo, por que os passageiros deveriam concordar que a maioria escolhesse o critério de sacrifício); e ii) se não é possível que a maioria decida (por ser injusto) e o sorteio não é uma opção *óbvia*, como resolver as questões relativas ao dissenso dos critério de sacrifício, pois Dworkin apenas chega à conclusão de que questões controvertidas no início, são controvertidas até o final?

É possível imaginar outros procedimentos que poderiam ser compatíveis com a igualdade política em substituição à regra majoritária, sem serem menos desrespeitosos, como *lottery votting*³⁷⁵ e o *queen for a day*. Não obstante, Arco Ramirez³⁷⁶ explica que o problema dos procedimentos aleatórios não é a ausência da igualdade de impacto (a medida que cada voto tem a mesma possibilidade de ser decisivo na eleição, com vantagem de outorgar à minoria alguma probabilidade de vitória), mas o fato de aumentar as chances de

³⁷⁴ Existem algumas propostas que buscam resolver o problema substituindo o procedimento majoritário de decisão das cortes por outros procedimentos que manifestem o “consenso institucional”. Como os juízes chegassem a este consenso, não se sabe, as deliberações seriam secretas. Talvez todos que integram o órgão colegiado pensem da mesma maneira, mas isso não quer dizer que seja algo bom, pelo contrário. Partindo, entretanto, da premissa que os juízes de um órgão colegiado podem vir a ter diferentes pontos de vista sobre o direito, seria necessário estabelecer também entre eles um critério de decisão. O fato de abandonar o critério majoritário ou agregativo de decisão por outro critério obscuro ou desconhecido apenas é uma estratégia de se evitar a crítica à custa da transparência. O problema persiste: em toda deliberação coletiva deve ser adotado um critério de decisão diante do dissenso.

³⁷⁵ De acordo com a teoria de Akhil Reed Amar, a chance de eleição de um candidato seria proporcional aos votos que recebeu: “Under “lottery voting, citizens would vote for representatives in local districts, much as they do today. Rather than automatically electing the candidate who receives a majority or plurality of votes, however, lottery voting chooses the winner in a lottery of the ballots cast: A single ballot is randomly drawn, and the candidate chosen on that ballot wins the election. If A receives sixty percent of the overall vote and B gets forty percent, A does not automatically win; rather, A’s ex ante chances of winning are sixty percent and B’s are forty percent”, cf. AMAR, Akhil Reed. *Choosing representatives by lottery voting*, p. 1283. Luís Felipe Miguel, todavia, esboça algumas críticas em relação a esses modelos de eleição: i) o sorteio deixa de lado o caráter seletivo do processo eleitoral; ii) ignora a eleição como mecanismo de autorização do representante; e iii) enfraquece a noção de *accountability*, uma vez que os governantes não devem o mandato à maioria, mas ao acaso, cf. MIGUEL, Luís Felipe. *Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política*, p. 173.

³⁷⁶ ARCO RAMIRES, Federico. *Regla de la mayoría, democracia deliberativa igualdad política*, pp. 25-26.

produção de piores resultados, como favorecer a criação de governos instáveis, conceder vitória a minorias extremistas, ignorar a importância da deliberação ou não garantir a integridade (em termos Dworkianos) do sistema jurídico, fazendo com que a regra da maioria seja preferível, ao estimular a moderação e predisposição ao consenso.

A teoria do procedimentalismo epistêmico, defendida por Arco Ramires, propugna que a justificação moral do princípio da maioria não pode se desenvolver apenas em termos procedimentalmente intrínsecos (*fairness*), mas também deve levar em consideração a correção (*soundness*) das decisões adotadas por meio deste procedimento, já que, apenas por este último critério, é que a regra majoritária se coloca como preferível aos outros procedimentos aleatórios de escolha. Desta forma, o autor quer conciliar, de três maneiras, a democracia deliberativa com a igualdade política de participação (no sentido de igualdade de oportunidades) na escolha da decisão ou da deliberação, anterior à votação: i) a igualdade intrínseca de oportunidades que traz a regra da maioria não prejudica, mas aumenta as possibilidades de identificar soluções corretas; ii) vincular a qualidade epistêmica da deliberação a depender da participação e inclusão (portanto igualitária) possível, na razão de quanto mais participação e inclusão houver maior a qualidade da deliberação³⁷⁷; e iii) equilibrar o peso do componente epistêmico com o valor intrínseco da igualdade de oportunidades, para participar em uma deliberação democrática, que seja mais participativa e inclusiva possível. É claro que após a deliberação pode ser imprescindível a decisão devido à falta de consenso, contudo, tanto a deliberação influencia o voto, por exemplo, excluindo posições, como também o voto estrutura a deliberação, quando se obriga o eleitor a dizer, binariamente, sim ou não, de maneira que todo procedimento precisa ser ajustado ao contexto.

Em sua leitura de Waldron, Arco Ramírez acredita que o autor defende o valor intrínseco da participação política através do voto agregado, de acordo com a regra da maioria, competindo às instituições legislativas a decisão sobre os desacordos e harmonização dos direitos fundamentais apenas nas sociedades em que estivessem

³⁷⁷ Arco Ramirez reconhece que, normalmente, as teorias deliberativas vinculam maior qualidade epistêmica da decisão a depender das condições impostas ao processo, relacionando a correção da decisão à qualidade da deliberação. Sua proposta, portanto, é minoritária ao defender que a qualidade epistêmica está relacionada ao componente participativo, unindo deliberação e igualdade política: "*cuanto mayor sea el número de los que intervengan, se podrá contar con una mayor cantidad de detalles en el proceso deliberativo, aumentando así las posibilidades de tomar una decisión correcta*", cf. ARCO RAMIRES, Federico. *Regla de la mayoría, democracia deliberativa igualdad política* pp. 28-29.

presentes quatro condições: a) se possuíssem instituições democráticas baseadas no sufrágio universal, que funcionassem de modo razoavelmente correto; b) se existisse um poder judicial submetido ao império da lei; c) se houvesse um compromisso por parte da maioria dos membros desta sociedade e de seus funcionários com a ideia de direitos individuais e coletivos; e d) se existem desacordos substantivos persistentes e de boa-fé sobre os direitos entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos. Se estas condições não estivessem presentes e os direitos não pudessem ser protegidos por meio da eleição de seus representantes, seriam necessários mecanismos contramajoritários que cumprissem esse papel, uma vez que a esperança seria protegê-los através do litígio e não da participação. Entretanto, Ramires crê que aos quatro requisitos de Waldron deve ser acrescentado um quinto requisito: que a distribuição de interesses, preferências e ideais sobre a totalidade das questões que requer decisões coletivas seguisse uma pauta que não repetisse sistematicamente a composição da maioria. Ramirez acredita que deve se investigar como o poder está de *fato* distribuído. O problema da falta de representação (não da falta de cidadania) pode levar a circunstâncias em que haja minorias diferenciadas e insulares. Neste caso, a pauta de deliberação não pode ser majoritariamente composta. Com isso, ele prefere um modelo de supremacia legislativa forte em vez de um constitucionalismo forte, minimizando a tensão entre o caráter preponderantemente espistêmico da deliberação democrática e o caráter igualitário da regra da maioria. Este procedimento respeitaria a igualdade de oportunidades, própria para sociedades divididas transversalmente, em que tanto as majorias como as minorias são fluídas. Se assim não ocorrer, a regra da maioria produzirá injustiças e menosprezará a igualdade política e a democracia³⁷⁸.

Matthew Verdin³⁷⁹, tal como Ramíres, concorda que o procedimento eleito precisa se mostrar adequado para ser incontroverso, mas adverte que o procedimento só precisa ser incontroverno no contexto particular em que é usado. Em relação ao majoritarismo, Dworkin quer usar o exemplo do bote salva-vidas para invalidar a regra majoritária, exigindo que ela se mostre adequada a solucionar problemas em todas as circunstâncias, entretanto, a decisão majoritária não precisa ser adequada a todas as circunstâncias, basta que se prove que ela é adequada para o particular contexto da legislação. Não se pode, com isso, querer

³⁷⁸ ARCO RAMIRES, Federico. *Regla de la mayoría, democracia deliberativa igualdad política* pp. 32-33.

³⁷⁹ VERDIN, Matthew. *Defending the majoritarian case against judicial review*, p. 18.

afirmar que o princípio majoritário é inadequado porque em uma família, o melhor critério de decisão é aquele que privilegia a autoridade dos pais em relação a seus filhos menores, ou seja, o não o voto igual de todos os seus membros.

De todo o exposto, pode-se observar que existe uma defesa, seja de Waldron, seja de Dworkin, seja de Macedo, ou de Ramírez, sobre as benesses da decisão majoritária, em detrimento de outros mecanismos de decisão compatíveis com a igualdade política³⁸⁰. Essa defesa, todavia, não vai a ponto de concluir que todas as decisões políticas devem ser feitas por maioria. Até mesmo Waldron vai concordar que uma democracia puramente majoritária na Palestina ou no Iraque poderia gerar resultados catastróficos, embora não eliminasse a necessidade de participação política do povo. É por isso que Waldron atrela o bom funcionamento da decisão majoritária expressa pela supremacia parlamentar a *core situations* ou aqueles casos em que a comunidade possui instituições democráticas que funcionam bem e estão comprometidas com a ideia de direitos (sendo, portanto, adequada ao particular contexto da legislação). É necessário um ambiente político-social propício para que a decisão majoritária respeite a igualdade política, do contrário, a minoria não pode se comprometer com a premissa majoritária, se sabe que sempre vai perder. É a possibilidade de fluidez entre minorias e majorias (ausência de tirania) que faz com que a decisão majoritária seja boa e adequada.

Quando se chega ao ponto da decisão majoritária ser um mecanismo de negação da igualdade política, não há motivos para que seu emprego seja resguardado. Waldron está certo, haverá divergência sobre o que seja igualdade política e sobre quais são os limites da decisão majoritária, mas Dworkin também está certo, porque a divergência sobre a adequação da decisão majoritária, do sorteio, ou de qualquer outro critério será controvertido do início ao fim e não há uma resposta para isso, ao menos até agora.

A divergência entre Waldron e Dworkin, acerca das circunstâncias que tornam correto o emprego da decisão majoritária como critério de decisão, revela uma tensão entre duas perspectivas distintas de democracia (ou pelo menos como Dworkin classifica sua teoria). Waldron afirma que os filósofos, desde o julgamento e a morte de Sócrates, se revoltam contra a democracia. Um estudo histórico da democracia como forma de governo

³⁸⁰ É interessante observar que tanto os defensores da supremacia parlamentar como os defensores da supremacia legislativa concordam que, normalmente, as controvérsias políticas devem ser resolvidas por meio de decisão majoritária. Mesmo Dworkin tem dificuldade para exemplificar outros critérios de decisão (pior ainda, melhores) que os tribunais poderiam empregar em substituição a decisão majoritária.

pode dar razão à premissa levantada por Waldron, pois as críticas filosóficas ao governo de muitos (ou o governo das massas) remontam à origem da democracia ateniense. A noção de muitos, utilizada por Aristóteles para designar um segmento social, não se confunde, atualmente, com a maioria, no sentido numérico da democracia representativa. Não obstante, persiste a desconfiança da capacidade do povo em decidir de maneira justa e essa desconfiança se transfere para a desconfiança da regra majoritária como critério de decisão política.

Assim como Waldron, Larry Kramer também tem observado que advogados, juízes, acadêmicos e mesmo os políticos possuem uma percepção antipopulista, na qual a política ordinária é vista como uma forma inferior de participação política, frente a outras maneiras mais refinadas de participação. As pessoas comuns são ignorantes, desinformadas, inseguras e facilmente manipuladas, em relação a uma elite reflexiva, informada e lúcida. Ao lembrar de Mangabeira Unger, Kramer afirma que esse ideal de democracia deliberativa vai se tornando mais aceitável, na medida em que se parece com uma conversa educada entre cavalheiros de um salão desenhado no século XVIII. Com isso, ele critica a ideia na qual a política popular é considerada, por natureza, perigosa e arbitrária; que a tirania da maioria é uma ameaça onipresente e que controles precisam ser estabelecidos para que as coisas não desandem. Esse, inclusive, não é um problema de ideologia política. Para Kramer, a profunda desconfiança do governo popular e das assembleias representativas são, de fato, uma das poucas coisas que a direita e esquerda compartilham, hoje. Da direita, têm-se a teoria da eleição pública, a teoria política positiva e a análise econômica do direito, mostrando por que as instituições democráticas são irracionais e ineficientes. Da esquerda, têm-se a democracia deliberativa, enfatizando as pré-condições do governo legítimo, que se preocupa muito mais com a deliberação do que com a democracia. O governo popular é legítimo desde que satisfaça certos pré-requisitos. Esses pré-requisitos, porém, só conseguem ser alcançados por pequenos grupos distantes do controle popular direto.³⁸¹

Pode ser que os filósofos não baseiem seus temores em uma mera desconfiança ou elitismo, mas em uma conclusão obtida de experiências históricas que demonstram que o povo, por ser instável e passional, não é capaz de decidir bem. Todavia, a credibilidade crescente da democracia como forma de governo legítimo tem obrigado os filósofos e

³⁸¹ KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 244.

juristas a reconstruir constantemente o sentido de democracia, autogoverno, igualdade, povo, maioria, para que não sejam obrigados a abdicar dessa expressão e de toda carga de legitimidade que ela traz. Exemplo disso é a multiplicidade de teorias acerca do significado de governo do povo, das hierarquizações das manifestações do povo, das distinções entre igualdade de impacto e influência, do significado de representação (inclusive abdicando da eleição, como preconizam as teorias de representação argumentativa), se a democracia exige maioria ou consenso ou ambos, ou, ainda, quais maiorias devem ser ouvidas e quais maiorias devem ser ignoradas, dentre outros.

Dworkin não concorda que democracia seja governo da maioria. Para ele, democracia é maioria também, mas não apenas isso. A democracia está comprometida com outros valores, além da igualdade de voto, e deve proteger o direito que cada indivíduo tem de ser tratado com igual respeito e consideração. Para ele, os Estados Unidos são hoje uma sociedade mais justa do que teria sido se tivessem confiado seus direitos à consciência das instituições majoritárias. Waldron acredita que todos os indivíduos também são titulares de direitos, mas há discordância acerca de quais direitos eles possuem. Assim, o direito dos direitos consiste em assegurar a igual participação política de cada pessoa na definição dos demais e a regra majoritária é a melhor maneira de decidir esses dissensos.

2.4.1.3 Quem deseja um governo da maioria?

A soberania popular, ou o *self-government*, como elemento de legitimidade e consentimento de um governo, pode ser apenas uma ficção de que o povo, por intermédio de seus representantes eleitos, é capaz de decidir seu futuro. Não há muitas formas de controlar os governantes, além do voto e da pressão da opinião pública e, para autores como Edmund Burke, não é sequer desejável que esse controle exista.³⁸² Porém, ainda que fosse desejável, seria impossível que um parlamentar ou chefe do Executivo pudesse agir consoante a vontade de seus milhares de eleitores, quando esses possuem as mais diversas opiniões sobre as pautas coletivas.

O princípio majoritário, dessa maneira, foi concebido como uma das melhores alternativas de resolução diante do dissenso público, não apenas por respeitar a igualdade

³⁸² BURKE, Edmund. *Speech to the Electors of Bristol, on His Being Declared by the Sheriffs Duly Elected One of the Representatives In Parliament for That City*.

de impacto, mas pela possibilidade de proporcionar uma solução melhor (na perspectiva do consentimento), ao se confrontar a outros critérios, como o sorteio. Dificilmente, seria possível defender o majoritarismo em todas as circunstâncias, mas, como disse Arco Ramires, ele não precisa ser adequado em todas elas, basta que seja adequado apenas em uma. Ronald Dworkin acredita que uma concepção de igualdade de parceria relativiza os casos nos quais o princípio majoritário poderia se mostrar adequado. Jeremy Waldron mostrou que aquilo que é adequado para Dworkin, também é objeto de dissenso. Diante da negação de qualquer consenso pressuposto, persiste o problema em definir uma teoria de autoridade que sirva como processo de tomada de decisões e que seja concebida de forma não tirânica. O princípio majoritário não é necessariamente tirânico, mas pode vir a ser.

O *judicial review* foi utilizado como uma alternativa contra a tirania da maioria. Entretanto, como ele não é sempre contramajoritário (e nem poderia sê-lo), discernir se as decisões legislativas, atreladas à manifestação majoritária do eleitorado, ofendem ou não ao direito de uma minoria, também se torna uma questão de interpretação, de modo que o tribunal pode ou não invalidar uma lei tirânica que eventualmente frustre as liberdades individuais. O judiciário, assim como o legislativo, está sujeito à falibilidade e diante do dissenso de seus membros, como todo órgão colegiado, necessita igualmente recorrer à uma teoria de decisão. É o que normalmente se faz, instituindo uma votação majoritária. O que John Hart Ely e Jeremy Waldron mostram é que os problemas atinentes à adoção do princípio majoritário no parlamento também estão presentes na votação majoritária da corte. Dworkin parece aceitar isso, ao dizer que o *judicial review* é apenas uma promessa e não uma certeza.

Com isso, quer-se dizer que não há como saber, de forma certa e pacífica, quando as cortes acertam ou erram, tal como não há como saber, de forma certa e pacífica, que uma lei é a representação tirânica da vontade da maioria ou se é, tão somente, a representação legítima majoritária. Esse é, normalmente, um problema de interpretação.³⁸³ Nesse sentido, o *judicial review* apenas surge como uma nova rodada deliberativa, em que a controvérsia constitucional será debatida por um novo grupo de pessoas não-eleitas, possuidoras de uma perspectiva distinta dos governantes eleitos. O fato de os juízes não se submeterem ao *accountability* eleitoral, ao estabelecer uma visão majoritária da

³⁸³ Ficam aqui ressalvadas as hipóteses de criação legislativa de vício formal, sendo é possível mensurar mais objetivamente os vícios, embora, mesmo nesses casos, a controvérsia pode não ser explícita.

constituição, é muitas vezes visto como algo positivo. A democracia não incentiva que seus líderes tomem decisões impopulares, mesmo que essas medidas venham a ser corretas ou necessárias, e a vitaliciedade da magistratura, ao afastar a corte do clamor popular, viabilizaria que medidas forçadas, ainda que impopulares, viessem a ser tomadas. Reconhecendo que a democracia pressupõe que a voz de uma pessoa extremamente culta seja igual ao do ignorante, seria o plausível indagar a conveniência de um governo no qual uma maioria de ignorantes pudesse determinar os destinos políticos de todo um povo, ignorando as decisões políticas mais sábias e prudentes. Thomas Jefferson,³⁸⁴ por outro lado, dizia que a isenção dos juízes era muito perigosa e que não haveria nenhum depositário melhor para conceder o último poder da sociedade que não fosse o próprio povo e se povo não fosse iluminado o suficiente para exercer seu poder com discricção, o remédio não seria lhe tomar o poder, mas educá-lo. Esse seria o verdadeiro corretivo dos abusos constitucionais. Mesmo Thomas Jefferson, que era um grande defensor do povo, distinguia opinião popular e opinião da maioria. Para ser justa, a opinião popular deveria ser razoável e assegurar isso era responsabilidade dos líderes. A elite tinha a tarefa de educar e edificar, ao promover o processo de deliberação, a elevação de seus concidadãos, satisfazendo, assim, as demandas de autogoverno.

No fim, o *judicial review* não é um mecanismo pelo qual a minoria pode ter seus direitos preservados pela maioria. O *judicial review* apenas é um mecanismo pelo qual uma maioria de juízes pode invalidar uma lei aprovada por uma maioria de legisladores. Se existe o risco de tirania da maioria, ela está presente tanto em uma como em outra, com um agravante, uma decisão judicial tirânica não se sujeita ao débil controle eleitoral. E se o povo convocado ou não, quer manifestar-se diretamente e se fazer ouvir, o único limite que encontrará será o próprio governo. Nesse caso, o tirano se inverte. Talvez, como dizia, Stuart Mill, esse seja o pior dos tiranos, mas contra essa tirania, a humanidade ainda não foi capaz de formular solução. E se Isaiah Berlin quer invocar quaisquer forças capazes para fazer frente ao governo das majorias, inclusive a palavra de Deus, seria necessário que o próprio

³⁸⁴ “The exemption of the judges from that is quite dangerous enough. I know of no safe depository of the ultimate power of the society but the people themselves; and if we think them not enlightened enough to exercise their control with a wholesome discretion, the remedy is not to take it from them, but to inform their discretion by education. This is the true corrective of abuses of constitutional power”. Cf. KRAMER, Larry. *The people themselves*, p. 108.

Deus em si aparecesse para controlar a maioria real de uma nação, não existindo instituição ou governo na história que tenha sido bem sucedido em fazê-lo por muito tempo.³⁸⁵

2.4.2 Pelo povo: os juízes como representantes do povo

Em 1776, os norte-americanos não denominavam seus governos como democracias, que eram imaginadas em um sentido próximo ao aristotélico de uma assembleia direta do povo. Acreditavam que a democracia pura era impraticável como método de resolução das controvérsias constitucionais, embora reconhecessem como *democrático* o moderno refinamento de representação. Gordon S. Wood explica que naquela época a representação não era igualada, tal como atualmente, à mera eleição popular. Os representantes do povo eram aqueles membros eleitos para a Câmara baixa do legislativo (*House of representatives*), enquanto que as outras autoridades eleitas, apenas *atuavam* em nome do povo. Portanto, os norte-americanos viam-se instituindo repúblicas mistas, com o elemento democrático, representado nas assembleias baixas, que desempenhavam um papel bem dominante. No ano de 1787, quando os federalistas reclamavam das turbulências e das loucuras da democracia, referiam-se às partes democráticas das constituições mistas, constituídas pelos representantes do povo, que respondiam com “presteza excessiva aos desejos do povo que representavam”.³⁸⁶

Como foi dito, o *judicial review* foi suscitado como instrumento de limitação do legislador frente ao risco da tirania da maioria. Não obstante, muitos líderes consideravam que a revogação judicial de leis aprovadas por legisladores eleitos popularmente tinha “cheiro de despotismo” e era contrária ao governo republicano.³⁸⁷ Hamilton tentou esvanecer esse receio, alegando que os representantes do povo não poderiam ser superiores ao povo em si e que seria mais racional supor que as cortes pudessem agir como intermediadora entre o povo e a corte, a fim de manter a legislatura dentro dos limites assinalados pelos constituintes. Logo, ao invalidar uma lei inconstitucional, as cortes, na realidade, estariam sustentando e assegurando o cumprimento da vontade dos constituintes. As modernas teorias de legitimação da jurisdição constitucional partem desse

³⁸⁵ THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*, p. 9.

³⁸⁶ WOOD, Gordon S. *A Democracia e a Constituição*, p. 196.

³⁸⁷ WOOD, Gordon S. *A Democracia e a Constituição*, pp. 197-198.

pressuposto ao invocar um acordo constituinte ou racional³⁸⁸ como forma de limitação do legislador ordinário, porém, mais do que enxergarem os juízes como funcionários que *atuam* pelo povo, preferem legitimar a autoridade do *judicial review* ao classificar os magistrados como *representantes* argumentativos dos cidadãos. O esforço parece querer dissipar qualquer teoria de supremacia parlamentar que considere que o legislativo, ao ser composto por representantes do povo, possa vir a ter um papel de relevo na interpretação constitucional, uma vez que o judiciário, tal como os outros poderes, também seria composto de representantes do povo: uma representação distinta da representação política eletiva, é verdade, mas, ainda assim, uma representação.

A corte atuaria como representante argumentativa do povo, na medida em que fosse capaz de identificar as condições de justa cooperação social, exigindo que a decisão não se traduzisse apenas no somatório de concepções morais individuais. Autores como John Rawls³⁸⁹ defenderam que as cortes constitucionais seriam locais propícios de razão pública e deliberação e que os juízes teriam o dever de argumentar com base nesta razão, não podendo invocar moralidades particulares, ideais ou virtudes da moralidade em geral. Seus julgamentos, ainda que divergentes, deveriam invocar valores que seriam endossáveis por cidadãos razoáveis e racionais, próprios do dever de civilidade. Robert Alexy³⁹⁰ foi além, ao afirmar que a relação entre representante e representado ocorreria por meio da exigência de justificativa da decisão. Mesmo no Brasil, ministros do Supremo Tribunal Federal³⁹¹ defenderam a legitimidade democrática da corte brasileira, anunciando o tribunal como “a casa do povo” ou como “representante do povo”, arguindo, inclusive, que a representação da magistratura permitiria um *accountability sui generis*, semelhante ao do parlamento, fazendo com que as decisões judiciais, em certa medida, também se submetessem a julgamento popular.³⁹² Entretanto, aceitar que juízes representam o povo levanta a inquietante questão em determinar até que ponto é democraticamente legítimo que funcionários públicos não eleitos possam se proclamar representantes do povo, sempre

³⁸⁸ A exemplo das teorias de *overlapping consensus* de John Rawls, igualmente empregada na teoria de representação argumentativa de Robert Alexy.

³⁸⁹ RAWLS, John. *Liberalismo político*, p. 286.

³⁹⁰ ALEXY, Robert. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, p. 100.

³⁹¹ Cf. entrevista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, disponível em: <http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2008/06/legitimidade-democrtica-do-stf-se-d.html>

³⁹² Cf. neste sentido, o artigo DETTMAM, Deborah e MATOS, Nelson. *Representação sem eleição*.

que cumpram o papel de guardiões da vontade constituinte, da razão ou, ainda, da moralidade pública.

Sabe-se que nem todo governo democrático é representativo, nem todo governo representativo é democrático e nem sempre a eleição torna um governo democrático. Conforme afirma Nelson Matos,³⁹³ os atenienses escolhiam os membros do conselho dos quinhentos por sorteio e não por eleição, sendo o sorteio a marca característica da democracia, enquanto que Aristóteles considerava a eleição um método tipicamente aristocrático. Por outro lado, a eleição do Papa pelo colégio de cardeais não faz com que o Vaticano seja considerado uma democracia, sendo apenas uma monarquia eletiva. Da mesma maneira, parece ser incorreto estabelecer uma relação necessária entre representação e eleição. Se no século XVIII, outras autoridades do povo, como governadores, senadores ou delegados, não eram consideradas representantes do povo, ainda hoje é possível afirmar que funções eletivas não possuem uma relação necessária de representação. Exemplo claro disso é o processo de escolha do conselheiro tutelar que, apesar de ser eleito, não é considerado representante de ninguém, nem das crianças e adolescentes, nem da coletividade.

Em sentido contrário, diversos também são os casos de representação sem eleição. Voegelin³⁹⁴ escreveu que durante o Medievo, o governo do povo era compreendido como o “reino” e os “súditos”. Na Inglaterra, em uma primeira fase, o rei era o representante único do reino, mas a articulação das comunas (*baronagium*) e dos senhores feudais agregou o parlamento, fundindo-os em uma nova figura representativa que, inicialmente, não era composta por representantes eleitos. Essa fusão tomou um tempo considerável e só se tornou tangível teoricamente séculos depois, em uma famosa passagem do discurso de Henrique VIII ao Parlamento a propósito do caso Ferrers. Nessa ocasião, em 1543, o rei disse:

Somos informados por nossos juízes de que em tempo algum nos elevamos mais em nossa condição real do que quando o Parlamento está reunido, ocasião em que, nós como cabeça e vós como membros, nos entrelaçamos e nos articulamos formando um só corpo político, de tal maneira que qualquer ofensa ou ataque (durante esse tempo) dirigido contra o mais inferior dos membros da Casa deve ser

³⁹³ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Teoria do Estado*, p. 138.

³⁹⁴ Para Voegelin, o representante é um líder ativo que representa uma verdade transcendental, mantendo uma ordem cósmica. Cf. VOEGELIN, Eric. *A nova ciência da política*, p. 40.

julgado como se fosse feito contra a nossa pessoa e contra toda a Corte do Parlamento.³⁹⁵

Na mesma Inglaterra, o surgimento do processo eleitoral moderno passou a transformar os eleitos em representantes. O rei e os lordes no Parlamento convocavam os cavalheiros e burgueses, por conveniência política e administrativa do monarca, para dar sua aprovação aos impostos, informar os casos litigiosos nos tribunais locais e voltar com as informações para suas comunidades. Sua aprovação vinculava tributariamente as comunidades em relação aos impostos aprovados. No decorrer do tempo, esses homens começaram a levar as queixas da comunidade para o rei e a insistir que fossem solucionadas antes de consentir com novos impostos. Paulatinamente, os cavalheiros e burgueses passaram a ser vistos como agentes de suas comunidades e iam ao Parlamento com autoridade para estabelecer compromissos, apesar de possuírem limites específicos e instruções relativas a esta autoridade. Do século XIV ao século XVII, a constatação de problemas comuns propiciou o desenvolvimento de uma ação unificada desse grupo, que começou a apresentar petições comuns e passaram a ser chamados de “membros” do Parlamento. À medida que eram reeleitos, instituíram um maior relacionamento, trabalhavam juntos e, assim, podiam articular uma oposição conjunta ante o rei. Começaram a ver e a serem vistos como parte da comunidade de sua terra e depois, no século XVII, passaram a considerar que cada membro atuava por toda nação, de tal forma que se propagou a ideia de que todos os homens estavam presentes no Parlamento e que o governante simbolizava ou encarnava todo o reino.³⁹⁶

A experiência inglesa levou Bernard Manin³⁹⁷ a sistematizar princípios do governo representativo, formulados a partir do século XVIII, que praticamente nunca foram postos em questão desde então: a) os representantes são eleitos pelos representados; b) os representantes conservam uma independência parcial diante das preferências dos eleitores; c) a opinião pública sobre assuntos políticos pode se manifestar independentemente do controle do governo e d) as decisões políticas são tomadas após o debate. Como afirmou Manin, as eleições continuaram sendo o mecanismo preferencial de definição dos representantes, em comparação a outros meios de democráticos, como o sorteio, embora

³⁹⁵ VOEGELIN, Eric. *A nova ciência da política*, p. 40.

³⁹⁶ Cf. PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, pp. 272-275.

³⁹⁷ MANIN, Bernard. *As metamorfoses do governo representativo*, pp. 3-14.

os governos representativos nunca tenham tido o poder de declarar com confiança e segurança absoluta: “Nós, o povo”. Para Manin, os governos representativos instituídos nas três grandes revoluções modernas (inglesa, americana e francesa) relacionavam-se mais a uma aristocracia eletiva do que a tipo particular de democracia, de modo que a eleição transformava o governo do “povo”, em um governo dos “notáveis”, selecionando um tipo particular de elite.³⁹⁸ A própria distinção entre república e democracia, como narrada pelos federalistas, teria demonstrado que diversos defensores do novo governo representativo não estavam dispostos a defender o regime democrático.³⁹⁹

Contudo, a desconfiança acerca da natureza aristocrática do governo representativo não impediu que as eleições se tornassem o método preferencial (embora não necessário) de escolha dos representantes e, ainda que a eleição não produzisse uma relação necessária de representação ou que a democracia viesse a admitir outros mecanismos de escolha dos governantes, como o sorteio. O voto permaneceu, desde o século XVIII, como requisito do governo representativo, havendo quem veja a eleição como um mal necessário, diante da impossibilidade de uma democracia direta (*second best choice*) ou como um mecanismo preferível ao imediatismo do governo das multidões (*first best choice*). De fato, são inúmeras as críticas ao governo representativo. Parte significativa dessa discussão consiste em questionar como deve ser exercido o mandato do representante, como deve ser escolhido o representante, se é possível a responsabilização do desempenho do representante e, como já visto, se o governo representativo seria capaz de expressar a vontade da maioria do eleitorado. Apesar de todas essas controvérsias, a literatura política

³⁹⁸ Manin cita trechos do discurso de James Wilson que, apesar de defender o caráter democrático da Constituição (coisa que Madison e Hamilton nunca fariam), estava pronto para justificar as objeções aristocráticas à Constituição: “Eu me pergunto agora o que se quer dizer com aristocracia natural. Não me sinto embaraçado pela definição etimológica do termo, pois, quando buscamos sua origem na linguagem de que deriva, uma aristocracia significa nada mais, nada menos, que um governo dos melhores homens da comunidade ou daqueles que são recomendados pelas palavras da Constituição da Pensilvânia, onde se indica que os representantes devem ser os mais notáveis pelo saber e pela virtude”. Hamilton, diferente de Wilson, defendia que o povo podia escolher os representantes, mas a riqueza tinha um importante papel nas eleições: “Atendem para os ricos e os pobres da comunidade, para os cultos e os ignorantes. Onde predomina a virtude? A diferença, na verdade, consiste não na quantidade, mas no tipo de vícios que incidem sobre as várias classes; e, neste caso, a vantagem de caráter pertence aos ricos. Seus vícios são provavelmente mais favoráveis à prosperidade do Estado do que os dos indigentes, e eles (os ricos) compartilham menos depravação moral”. Cf. MANIN, Bernard. *O princípio da distinção*, pp. 211-213.

³⁹⁹ Para Manin, “o que distingue uma república de uma democracia, portanto, não é meramente a existência de um corpo de representantes, mas também o fato de que tais representantes constituem um ‘corpo escolhido’. Como Guicciardini antes dele, Madison está claramente jogando com dois sentidos do termo ‘escolhido’: os representantes são escolhidos, em sentido literal, posto que são eleitos, mas também constituem os ‘poucos escolhidos’”. Cf. MANIN, Bernard. *O princípio da distinção*, p. 210.

atual é quase uníssona em defender o voto como expressão da democracia moderna e, ainda que se entenda que as eleições não exaurem o governo representativo, por se tratar de mecanismo insuficiente de representação,⁴⁰⁰ o vê como essencial para a ordem democrática.

Assim, se é correto concluir que o governo democrático representativo pode não ser capaz de assegurar a representação, é igualmente correto concluir que ele ainda é mais representativo do que os regimes alternativos, sendo o voto o único instrumento democrático dos cidadãos para controle das decisões dos governantes.⁴⁰¹ E se, em um primeiro momento, não havia uma relação necessária entre eleição e representação, as democracias representativas atrelaram o voto à escolha dos representantes, de forma que a representação política atual demanda, como requisito de legitimidade, um prévio processo eleitoral para escolha dos governantes.

Um conceito de representação dos juízes, nesse sentido, se afasta desse pressuposto de legitimidade, típico do voto, para resgatar outras modalidades de representação. A dificuldade seria encontrar um conceito de representação que dispensasse a necessidade de eleição e que pudesse ser adequado dentro dos paradigmas democráticos.

Em sua obra, *O conceito de representação*, Hanna Pitkin elaborou cinco conceitos de representação: a) representação por autorização, b) representação por responsividade (*accountability*), c) representação simbólica, d) representação descritiva e e) representação substantiva.⁴⁰² A representação por autorização, teorizada por Hobbes, defendia que o representante seria alguém autorizado a atuar, isto é, ao representante seria dado um direito de atuar (que não tinha anteriormente), enquanto que o representado tornar-se-ia responsável pelas consequências dessa ação, como se tivesse praticado pessoalmente o ato.⁴⁰³ Trata-se do conceito hobbesiano de representação, no qual a autorização constitui uma tal significação de vontade que o soberano decide por seus súditos e suas ações estão conforme suas vontades. Assim, o soberano nunca é culpado por desatender a uma obrigação frente aos representados, já que a representação não se confunde com o dever de

⁴⁰⁰ Cf. LOUREIRO, Maria Rita. *Interpretações contemporâneas da representação*, pp. 132-133.

⁴⁰¹ Cf. MANIN, Bernard. *Eleições e representação*, p. 132-133.

⁴⁰² Nelson Matos explica que, nos dois primeiros modelos, representação significa “atuar por”, no terceiro e quarto, significa “ter direitos a”, sendo o último conceito o defendido por Pitkin. Cf. MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Teoria do Estado*, p. 134.

⁴⁰³ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, p. 41.

agir de maneira agradável ou favorável aos súditos; antes disso, Hobbes sempre sublinha que os súditos não têm direitos sobre o soberano:

Un representante hobbesiano no puede tener deberes *qua* representante; si hace algo que sobrepase la autorización que tiene, no está representado en absoluto, sino que ha rebasado los límites. Y la autorización del soberano no tiene límites. Por consiguiente, aunque el soberano tiene deberes, no son deberes *con* sus súbditos, y un súbdito nunca puede desobedecer o criticar justificadamente a su soberano pretextando que éste está violando su deber.⁴⁰⁴

O conceito de representação de Hobbes levou muitos críticos a considerarem meras sofisterias a obrigação de um soberano que, embora vinculado, não possa ser contestado por seus súditos, não sendo, assim, de forma alguma limitado. Apesar dessas críticas, Hanna Pitkin⁴⁰⁵ acreditava que a teoria de Hobbes seria mais incompleta do que propriamente falsa. Ela explicou que a representação por autorização acentuava unicamente aspectos formais, porém, aspectos formais, com frequência, são muito importantes. O jogo verbal de Hobbes, antes de ser puramente formal, procurava solucionar um problema real de consenso político, pacificação e desenvolvimento da comunidade. Havia um grande valor em seu esforço em oferecer motivos de obediência e cooperação com um governo, já que ser governado por uma autoridade era bem diferente de ser governado por seus próprios representantes, com isso, a representação permitia que os súditos não estivessem apenas vinculados ao governante, como também permitia que seus atos fossem a ele atribuídos.⁴⁰⁶ Esse imperativo é parcialmente suprido com a contribuição das instituições representativas; o problema é que um governo representativo que utiliza essa classe de representação não permite distinguir o governo representativo de outras formas de governo.

A representação por responsividade era diametralmente oposta à representação por autorização. Nessa concepção, o representante seria alguém tido como responsável ou que respondesse perante outrem por suas ações.⁴⁰⁷ Se as eleições antes significavam concessão de autoridade e, portanto, ato prévio, passavam igualmente a significar a responsabilização do governante por sua gestão.⁴⁰⁸ Para Pitkin,⁴⁰⁹ ambos os conceitos de autorização e responsividade denotavam uma perspectiva puramente formal, porque ora

⁴⁰⁴ Cf. PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, p. 32.

⁴⁰⁵ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, pp. 34-37.

⁴⁰⁶ Pitkin, todavia, reconhece que a ajuda é contingente. Cf. PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, pp. 38 e 253.

⁴⁰⁷ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, p. 60.

⁴⁰⁸ Cf. MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Teoria do Estado*, p. 135.

⁴⁰⁹ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, pp. 63-64.

viam a representação iniciada de uma certa maneira, ora viam a representação terminada de uma certa maneira, nenhum delas, porém, explicava o que ocorria *durante* a representação ou durante a atividade de representar. Outro problema era que, para ambas, a representação só aconteceria entre seres humanos, quando, por vezes, objetos inanimados poderiam representar um interesse, causa ou outra abstração. Esse problema exigiria que o conceito formal de representação fosse complementado por outros conceitos, descritivo e simbólico.

Nesse contexto, a representação descritiva impunha uma correspondência ou semelhança com o que era representado. Esta noção orientou a necessidade do Parlamento, por exemplo, ser uma correspondência ou espelho da nação, uma miniatura da sociedade, orientando a adoção do sistema eleitoral proporcional. Nessa linha, um percentual de mulheres de certa comunidade deveria ser refletida no Parlamento, o mesmo valeria para outros fatores raciais, econômicos, religiosos ou regionais, a depender do critério empírico empregado. O Parlamento, contudo, não seria o único local em que a pluralidade deveria ser verificada. Barbara A. Pery, por exemplo, acreditava que a Suprema Corte dos Estados Unidos deveria se mostrar aberta a todos os grupos da sociedade, refletindo o pluralismo americano, sem que se comprometesse o critério meritório para indicação dos juízes. Seu argumento seria que o integrante de um grupo excluído poderia trazer posições que o resto de seus membros ignoravam, desde que essa pessoa se mostrasse igualmente qualificada. Citando o *justice* Powell, a Suprema Corte ficaria deficiente, se fosse composta por indivíduos com menos mérito.⁴¹⁰

Hanna Pitkin, todavia, advertiu que existiria uma tendência em supor que as características dos indivíduos fossem um guia para as ações que ele praticaria no futuro, mas isso não era uma simples correlação. O melhor representante descritivo não era, necessariamente, o melhor representante para a atividade ou para o governo. Se isso fosse verdade, a representação descritiva imporia que um lunático seria apropriado para representar seus pares na assembleia legislativa ou mesmo crianças e adolescentes,

⁴¹⁰ A autora não defende cotas ou reservas de assentos para a Corte, mas acredita que, assim como a ideologia ou a amizade são relevantes no processo de escolha, elementos como raça, religião e gênero poderiam ser considerados, somando-se sempre ao mérito, como elemento central do processo de escolha. A autora, ainda, acredita que a amizade é o critério mais indefensável, cheirando a favoritismo e antiprofissionalismo, além de ser o mais apto a produzir juízes opróbrios. Cf. PERY, Barbara. A “representative” Supreme Court? *The impact of race, religion, and gender on appointments*, p. 138.

consequentemente, deveriam possuir capacidade eleitoral passiva.⁴¹¹ A questão se tornaria ainda mais tortuosa ao referir-se à representação de pequenos colegiados, como ocorre na Suprema Corte, na qual o reduzido número de cadeiras, por si só, inviabilizaria qualquer possibilidade de representação proporcional da comunidade. Contudo, mesmo que os órgãos colegiados pudessem representar a sociedade, seria necessário lembrar que eles decidiriam pelo voto majoritário, assim a decisão representaria apenas parte da sociedade, a maioria.⁴¹² Assim sendo, como nos casos anteriores, a representação descritiva também seria enganosa por ser parcial, por pressupor que só mulheres seriam capazes de representar mulheres, que só os negros seriam capazes de representar os negros, ou que só os judeus seriam capazes de representar judeus, assim sucessivamente, já que apenas os integrantes de certo grupo teriam conhecimento de causa acerca de seus interesses.

O conceito de representação simbólica, como quarto conceito, ofereceria mais subsídios à complexa temática da representação. Pitkin ensinou que representar e simbolizar seriam noções distintas e que um símbolo poderia tanto representar (correspondência precisa ou substituição), como simbolizar (de maneira vaga ou difusa aquele que supre, mas sem substituir um pelo outro). A representação simbólica seria existencial, estando presente ou ausente, de forma que a relação entre o símbolo e o referente pareceria arbitrária e só existiria para aqueles que nela cressem, repousando mais em circunstâncias irracionais, psicológicas, afetivas e emocionais do que em critérios racionalmente justificáveis.⁴¹³ Os regimes totalitários levavam ao extremo este conceito de representação. Os governantes não adotavam a atividade de representar ou atuar por seus eleitores, mas fomentavam o povo a uma crença, lealdade e satisfação para com seus líderes, de forma que mesmo Hitler chegou a proclamar que representava mais o seu povo que qualquer homem de estado algum⁴¹⁴. Isso porque o importante era o alinhamento entre as vontades do governante e os governados, pouco importando como o alinhamento era

⁴¹¹ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, pp. 98-99.

⁴¹² Nelson Matos destaca a distinção entre direito de representação e direito de decisão: “O órgão colegiado, mesmo reproduzindo a sociedade, decide pelo voto da maioria, assim a decisão representa apenas parte da sociedade (a maioria), embora o órgão de representação como fórum de debates (e não como fórum de deliberação) mantenha a correspondência e semelhança entre corpo de representados e corpo de representantes”. Cf. MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Teoria do Estado*, p. 135.

⁴¹³ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, p. 110.

⁴¹⁴ De acordo com Pitkin, a representação até poderia ser uma questão de consentimento, todavia, este consentimento muitas vezes era criado pela personalidade dominante, inteligência e energia do líder. Cf. PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, p. 118.

obtido (já que as eleições surgiam apenas como um meio de criar ou de sustentar a representação), nem com o fato de que se tratava de uma representação invertida, na direção do líder para baixo. Como fez nos conceitos anteriores, Hannah Pitkin afirmou que a representação simbólica também estava parcialmente correta. Só haveria representação se alguém acreditasse e consentisse com sua existência, mas apenas isso poderia ser errôneo, já que a representação simbólica, ao se preocupar com o que faz um povo crer em um símbolo ou líder, ignora a pergunta de quando o povo deveria aceitá-lo,⁴¹⁵ ou pior, de *como* o aceitou. A autora, portanto, advertiu que a aceitação de um povo em relação ao regime de um governo não o torna representativo, porque o critério não pode ser o controle que o governo exerce sobre os súditos, mas se seus súditos têm controle sobre o que o governo faz: “un gobierno representativo no debe controlar simplemente el interés público, sino que debe también ser sensible ante el Pueblo. La idea guarda una profunda relación con la actividad sustantiva”⁴¹⁶

Pitkin⁴¹⁷ tentou contornar o problema das teorias formalistas buscando descobrir não apenas se o agente seria representativo, mas se ele representaria *bem* ou *mal* (*standing for* e *acting for*). Existiria representação se o povo estivesse presente na ação governamental, mesmo quando não atuasse literalmente por si mesmo, além disso, existiria representação não na capacidade de um governo controlar seus súditos, mas na capacidade dos súditos controlarem o governo, pois os súditos não poderiam ser um mero receptor passivo das ações governamentais. Em sua análise, um governo representativo deveria ser capaz de: i) dar aos governados a capacidade de iniciar a atividade governamental, de forma que o governo fosse sensível ao povo; ii) ser composto por um corpo colegiado, que representasse diversas partes da sociedade, e iii) oferecer uma maquinaria para expressão dos desejos dos representados. Pitkin enfatizou que eleições livres e genuínas⁴¹⁸ e a maquinaria eleitoral eram necessárias para assegurar a sensibilidade de resposta sistemática e regular, e não ocasional, a critério da complacência do governante em agradar os governados. Com isso, Pitkin quis defender um diálogo permanente e evitar uma delegação

⁴¹⁵ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, p. 121.

⁴¹⁶ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, p. 257.

⁴¹⁷ PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, p. 259-261.

⁴¹⁸ Pitkin complementou, dizendo: “pero pronto van más allá. Queremos saber cuán genuinas son las elecciones, quién tiene derecho al voto; queremos saber si los cargos públicos tienen el poder gubernamental real y qué grado de oposición se permite”. Cf. PITKIN, Hanna. *El concepto de representación*, p. 255.

desvinculada de interesses, partindo da descrença da capacidade superior do governante em conhecer o interesse da nação ou o interesse geral.

A obra de Pitkin, todavia, não se propunha a exaurir todos os conceitos de representação. Como constatou Luís Felipe Miguel⁴¹⁹, conceitos que Pitkin considerava ultrapassados, ressurgiram repaginados, como a ideia de *advocacy* (definido como a capacidade do representante ser alguém apaixonado pela causa de seus constituintes, mas que mantivesse um distanciamento e autonomia necessários, para que a razão se manifestasse na arena política). Seu artigo é relevante em relação a algumas advertências que faz: primeiro por criticar a *virada deliberacionista* e reafirmar que a política se trata de interesse e poder, segundo que, no Brasil, as concepções defendidas por *advocacy* ignoram a exigência de *accountability* e eleição, desaguando em interpretações menos cautelosas, que as aplicam a espaços extraparlamentares. A representação por *advocacy*, por exemplo, admitiria que outras instituições seriam aptas a concretizarem a representação política, sendo empregadas diversas expressões como representação presuntiva, virtual, organização das sociedades civil, dentre outros. Essas outras instituições ou intermediários seriam aceitas como interlocutoras legítimas, na condição de representantes de determinados interesses ou grupos.⁴²⁰ O problema desta concepção de representação, no entender de Miguel, seria a ausência de autorização e *accountability*, ainda que este último pudesse cumprir mal sua promessa, diante da pouca capacidade de supervisão dos representantes pelos representados. O cerne da controvérsia, como colocou, não era questionar se existiria representação, mas descobrir se esta representação seria democrática, porque alguém não pode ter a pretensão de colocar-se democraticamente na condição de representante de um grupo sem estabelecer um diálogo, em primeiro lugar, com aqueles que deseja representar. O *greenpeace*, por exemplo, não representaria as pessoas interessadas em preservar um planeta, apenas falaria em nome de uma causa. Uma ONG internacional feminista “representaria” um discurso sobre os direitos das mulheres, mas não representaria as mulheres. A existência dessas entidades não substituiria a presença, na esfera pública, de representantes efetivos. Mais: aquilo que os *advocates* apresentariam como sendo as demandas de seus representados virtuais não seria, necessariamente, aquilo que eles

⁴¹⁹ MIGUEL, Luís Felipe. *Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e advocacy*, pp. 26 e 40.

⁴²⁰ MIGUEL, Luís Felipe. *Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e advocacy*, p. 43.

produziriam como preferências, caso tivessem acesso a espaços em que pudessem gerá-las de forma autônoma.⁴²¹

Além de padecer da ausência de diálogo, Miguel denunciou que a representação por *advocacy* padeceria de outro *déficit* democrático, ao tornar mais grave o paternalismo e autoritarismo subjacentes, uma vez que não se mostrava capaz de fomentar a autonomia individual, não permitiria que cada indivíduo pudesse produzir seus próprios interesses, a partir de uma reflexão sobre o mundo e o diálogo com seus pares.⁴²² Finalizou afirmando que a representação formal, por meio das eleições, poderia não ser a única dotada de potencial de legitimidade, mas que a autorização e *accountability* deveriam ser buscadas em todas as formas de representação que se denominassem democráticas.

É verdade que os tribunais constitucionais não propugnam a extinção da representação política em substituição à representação argumentativa, não obstante, os adeptos dessa teoria acreditam que uma corte, ao justificar adequadamente uma decisão, atuaria com mais seriedade e vigor que o poder legislativo (numa perspectiva rawlsiana de que a Suprema Corte é um local de razão pública por excelência), buscando argumentos que pudessem ser compartilhados por pessoas racionais. Além disso, especialmente nos casos americano e brasileiro, há quem credite o *amicus curie* e a realização de audiências públicas como espaços *democráticos*, que permitiriam à corte acessar novos argumentos para o enfrentamento das causas constitucionais. Sendo tanto os parlamentares como os juízes representantes do povo, não haveria motivos que justificassem que a representação política pudesse se impor sobre a representação argumentativa, sendo todos representantes, mas haveria razões para crer que isso ocorreria em sentido inverso.

O cerne da crítica, porém, não é esse. Ainda que fosse possível concluir que os tribunais constitucionais decidissem sempre racionalmente (coisa que corte alguma é capaz de fazer diante da ampla controvérsia sobre os meios de verificação da racionalidade de uma decisão judicial), isso os tornaria representantes do povo? Luís Miguel afirmou que não bastaria existir qualquer representação, mas que a representação deveria ser democrática. Um descendente da família real portuguesa poderia se declarar representante do povo brasileiro, por ser o legítimo sucessor da família Bragança, seria ele? A autora da tese

⁴²¹ *Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e advocacy*, pp. 51-43.

⁴²² Miguel entende que autonomia “significa que, embora sejamos seres sociais, somos capazes de desenvolver competências que nos permitem avaliar criticamente as tradições e valores que herdamos”. Cf. MIGUEL, Luís Felipe. *Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e advocacy*, pp. 51-43.

poderia se declarar representante das mulheres, por ser ela uma mulher, seria ela? A multiplicidade dos conceitos representativos não implica a validade de todos eles. A obra de Hanna Pitkin demonstrou que não se trataria apenas de aceitar a representação como diversos conceitos descritivos ou como modalidades (formal, descritiva, simbólica, argumentativa, virtual, etc), a insuficiência ou equívoco de determinado conceito retiraria daquela pessoa o *status* de representante, assim sendo, se o paradigma democrático impõe requisitos para a representação, aqueles indivíduos que não os cumprem não são reconhecidos como representantes.

Na perspectiva de Pitkin, a representação exige o diálogo.⁴²³ Julgar com base na razão pública ou com base no interesse público poderia até tornar a decisão legítima, mas não transformaria o tribunal constitucional em um representante do povo. Isso porque representação legítima e decisão judicial legítima são dois conceitos distintos. Pode ser que um governante, para exercer um domínio político legítimo, tenha que ser considerado um representante do povo, não obstante, a legitimidade da jurisdição constitucional poderia advir de outras razões absolutamente desconectadas do caráter representativo das cortes.

Nem o alinhamento das decisões do tribunal com a vontade do povo ou o consentimento do povo na existência de um controle de constitucionalidade tornaria os ministros representantes.⁴²⁴ O Tribunal só poderia ser considerado representante do povo, na perspectiva de Pitkin, se os representados pudessem influenciar e controlar as ações do tribunal, uma vez que o fato de alguém ser investido no cargo de juiz (ou de ser um governante) não outorgaria um conhecimento especial ou privilegiado em descobrir qual seria o interesse geral. Além disso, instrumentos como o *amicus curie* e as audiências públicas não seriam capazes de suprir outra exigência que Pitkin levantou: uma maquinaria para expressão dos desejos dos representados, como a eleição.

Os governos representativos desenvolveram sistemas eleitorais que buscassem satisfazer esses requisitos, oferecendo, por intermédio de eleições livres e genuínas, uma forma de autorização dos governantes, controle e participação popular do povo no governo. Como já mencionado, existem diversas críticas acerca da insuficiência da eleição como

⁴²³ Essa noção de diálogo não guarda qualquer relação com a teoria dos diálogos institucionais ou com a noção de representação argumentativa.

⁴²⁴ A não ser que se considerasse legítima uma justificativa puramente hobbesiana de representação. Entretanto, os motivos pelos quais essa justificativa atualmente não confere representatividade ao Executivo também se aplicariam a qualquer outro poder da república.

instrumento de representação. Não obstante, dificilmente encontram-se adeptos que defendam sua substituição. Se as eleições são insuficientes em cumprir a função de controle popular, como exercer controle sem eleições ou como definir quem são os representantes? Essas são algumas críticas em relação à representação por *advocacy* que também podem ser formuladas em relação à representação argumentativa. Como os juízes não são eleitos, não existiria autorização ou controle popular das decisões por eles dadas; como os juízes não são eleitos (sendo, muitas vezes, vitalícios), eles não precisariam estabelecer um diálogo ou se vincular aos desejos do povo; e ainda, como os juízes não são eleitos, a representação argumentativa seria uma representação virtual, fictícia, porque aquilo que um colegiado de juízes imagina ser a vontade de um indivíduo ou grupo pode ser bem distinto daquilo que aquele indivíduo ou grupo produziria autonomamente (numa perspectiva de autogoverno).

Algumas respostas poderiam ser dadas em defesa da representação argumentativa. Em primeiro lugar, apesar dos juízes não serem eleitos, são indicados por um representante eleito, resolvendo o problema da autorização. Entretanto, sob uma perspectiva democrática, ser indicado por uma autoridade eleita e ser eleito faz com que, comparativamente, este último seja dotado de muito mais legitimação que o primeiro, o que não serviriam como argumento de justificativa do *judicial review*. Ainda: nessa perspectiva, praticamente todo servidor público seria um representante autorizado, já que foi nomeado por uma autoridade eleita.⁴²⁵ Na perspectiva do governo representativo, a autorização do representante exigiria eleição. Na perspectiva da democracia, outro critério de escolha, além da eleição, pode ser suscitado: o sorteio. Porém, ou todo o povo escolheria (sufrágio universal) ou qualquer um do povo pode poderia ser escolhido (sorteio). A *expertise* ou aristocracia natural fez com que o representante só fosse aceito ao ser escolhido por uma maioria eleitoral.

Em segundo lugar, poderia ser mencionado que os tribunais constitucionais também se submeteriam ao controle popular. Qualquer corte reconheceria sua “cota” de decisão contramajoritária e, tal como ocorre com os representantes eleitos, as decisões das Cortes seriam submetidas ao escrutínio popular de maneira igual ou até mais intensa do que

⁴²⁵ Conrado H. Mendes acredita que não basta a existência de uma remota semente democrática ou uma conexão dos juízes com as autoridades eleitas. “Legitimidade se mede pela comparação: é preciso demonstrar que a autoridade dotada da última palavra é mais democrática que as alternativas e essa hipótese não se adapta ao caso”. Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 103.

as decisões legislativas. Esse argumento, todavia, também tem falhas. Por razões de sobrevivência e continuidade institucional, é necessário que as cortes estejam atentas à opinião pública e ao *backlash* de suas decisões. Toda instituição continuamente mal avaliada pela opinião pública é uma instituição que tende a perder credibilidade e poder, fato que talvez explicasse o prestígio que a Suprema Corte goza perante os cidadãos norte-americanos.

Deferência e *accountability*, no entanto, não se confundem. Robert Dahl⁴²⁶ salientou bem esta diferença, ao explicar que mesmo os governantes de um governo autoritário são, até certo ponto, sensíveis às opiniões e aos desejos daqueles sobre quem eles governam, não podendo ignorar persistentemente a vontade de seus subordinados. Os líderes de um sistema burocrático de negociação, como os líderes de qualquer instituição, não são capazes de ignorar indefinidamente os limites estabelecidos pelas opiniões e desejos dos governados, mas se qualquer “responsividade” ou sensibilidade dos governantes para com os governados, por menor que seja, é suficiente para tornar um sistema político democrático, então não existe nenhum sistema político que seja não-democrático.

É bem verdade que Hamilton salientou o *impeachment* dos juízes da Suprema Corte como forma de controle das decisões, mas *impeachment* e *accountability* tampouco admitem confusão. O *impeachment* foi idealizado no direito norte-americano a situações excepcionais, como crimes de *treason* e *bribery*, sendo essa uma das razões pelas quais Robert Yates⁴²⁷ criticava a ausência de responsabilidade dos juízes pelo erro de julgamento. Mesmo no Brasil, o *impeachment* foi instituído como pena ao cometimento dos crimes de responsabilidade. *Accountability*, na perspectiva vertical, não pressupõe a prática de um crime, mas a necessidade do representante prestar contas ou responder por seus atos ou decisões perante o representado. Se o seu mandato não é bem executado ou se o eleitor perde a confiança que aquele representante não é mais capaz de atender a seus interesses, ele simplesmente deixa de ser eleito. Isso não ocorre com os juízes. Parte de sua legitimação, sob a perspectiva da esperança contramajoritária, seria justamente contrariar a opinião pública e decidir sem se preocupar com a popularidade ou necessidade de se elegerem, justificando assim a carreira vitalícia.

⁴²⁶ DAHL, Robert A. *Can international organizations be democratic? A Skeptic's view*, pp. 34-35.

⁴²⁷ Cf. *Letter of Brutus*, XV, em MELONE, Albert P. e MACE, George. *Judicial Review and American Democracy*, p. 190-193.

Finalmente, em terceiro lugar, poderia ser sustentado que a representação argumentativa estaria pautada na vontade do povo na medida em que o Tribunal fosse capaz de se conectar com os cidadãos (e assim representar a *vontade do povo*). Fernando Santos explicou que esta conexão entre representação argumentativa e vontade popular, apesar de não ser uma solução perfeita para o problema dos direitos fundamentais, se estabeleceria quando as decisões fossem oriundas de convicções bem examinadas e se o processo de reflexão entre o público, o legislador e o tribunal alcançassem uma estabilidade duradoura. Só haveria paternalismo se a argumentação não guardasse relação com a realidade:

Num estado constitucional democrático, em que todo poder político é, no final das contas, fundado na vontade do povo, a solução somente pode consistir numa conexão efetiva (factual) entre os argumentos apresentados pelo Tribunal Constitucional e pelos cidadãos, a qual deve acontecer em discursos institucionalizados em que a vontade democraticamente formada dos cidadãos é expressa.⁴²⁸

A representação argumentativa, todavia, poderia ser considerada paternalista e autoritária se confrontada com o critério de representação substantiva de Pitkin ou democrática de Luís Miguel, já que a existência de um orador capaz de argumentar em nome de outrem não retiraria a necessidade do diálogo entre representantes e representados. Miguel⁴²⁹ afirmou que política diz respeito a interesses e poder e que toda teoria de representação deveria levar em conta os processos sociais de produção dos interesses. A autonomia pressupõe que os indivíduos devem produzir seus próprios interesses, mas isso não é estimulado com a representação argumentativa, ao contrário, a participação popular na composição da decisão judicial é praticamente inexistente, havendo, inclusive, questionamentos quanto à eficiência dos já pouco existentes (*amicus curie* e audiências públicas).⁴³⁰ O que se quer enfatizar, todavia, é que, por mais que se criem mecanismos populares de participação nas cortes, isso não assegura ou constitui a representatividade do povo, simplesmente porque o poder dos juízes não é exercido em uma via dúplice; não há que se falar em autorização e *accountability*; e ao se defender outras formas de

⁴²⁸ SANTOS, Fernando. *Direitos fundamentais e democracia: o debate Habermas – Alexy*, pp. 205-206

⁴²⁹ MIGUEL, Luís Felipe. *Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e advocacy*, p. 59.

⁴³⁰ No Brasil, as audiências públicas apenas viabilizam o contato de poucos ministros (e não de todos), com alguns interlocutores que trazem argumentos considerados relevantes para solução da controvérsia, de modo que os debates suscitados no plenário, invariavelmente, sempre dependem da discricionariedade do juiz em considerar um ou outro argumento como relevante.

representação virtuais, sem ausência da direta participação do povo ou de eleição de seus representantes, está se colocando a autonomia individual em segundo plano.

O poder de invalidar as leis aprovadas pela legislatura até poderia ser validado com base em uma missão constitucional dada aos juízes pela constituição. Talvez o termo *atuar* pelo povo seja muito mais adequado a essa tarefa, ao descrever o desempenho de uma competência constitucionalmente determinada. É um equívoco, porém, acreditar que o *judicial review* se convalida pelo fato dos juízes serem tão representantes do povo quanto os seus representantes eleitos. Ainda que houvesse um poder dado ao Judiciário em controlar as manifestações do legislativo ou do executivo ou ainda que houvesse um poder que concedesse ao judiciário uma competência especial na interpretação da constituição, ainda assim, consoante os parâmetros do paradigma da representação democrática e do governo representativo, não seria possível afirmar que os juízes representariam o povo. A eles seria tão somente outorgada essa tarefa, contudo, interpretar e fazer cumprir a constituição e os direitos fundamentais não faz de ninguém um representante, e se isso fosse verdade, todos que zelam pela vigência e guarda da constituição seriam representantes. E quando todos são representantes, não existe representação.

2.5 IGUALDADE DE PODERES, ANARQUIA DELIBERATIVA E SUPREMACIA

Uma teoria que reconhecesse a igualdade e a separação entre os poderes deveria estar disposta a aceitar duas alternativas. A primeira teoria da separação de poderes negaria qualquer possibilidade de *check and balances*. Essa primeira teoria não admitiria veto executivo às leis ou controle jurisdicional de constitucionalidade. Legislar, assim, seria uma função privativa do poder legislativo e quando o legislativo criasse uma lei, ele já estaria estabelecendo uma interpretação favorável da lei em face da constituição. James Madison, ao analisar as constituições dos diferentes Estados americanos, observou que não havia um único exemplo em que todos os ramos do poder estivessem absolutamente separados e distintos.⁴³¹ M.J. C. Vile, chegando à mesma conclusão, concluiu que uma doutrina pura de separação de poderes tão rígida jamais foi executada na prática. A título de exemplo, um juiz, ao julgar, aplica as leis a um caso concreto, determina a natureza da norma que deve

⁴³¹ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 47.

aplicar e cria um precedente que mais tarde guiará outros tribunais, exercendo, necessariamente, as três funções. O ponto, diz, é que mesmo que haja normas criadas pelo judiciário, é possível estabelecer uma hierarquia, submetendo as normas administrativas ou jurisdicionais à autoridade normativa suprema confiada no corpo representativo do povo ou na constituição que se submete em última instância ao poder popular: *“la historia del constitucionalismo occidental es, a la postre, la historia de una presión constante por preservar la autoridad última del cuerpo legislativo”*.⁴³² Fica claro, assim, que a teoria funcional de separação de poderes não é uma teoria de igualdade dos poderes e sim uma teoria de hierarquia funcional, onde prevalece a função legislativa. Tomando como base a indivisibilidade da soberania legislativa, submete os poderes executivo e judiciário às determinações da lei, proibindo o veto absoluto ou, na melhor das hipóteses, permitindo que a decisão final sobre o veto recaia no ramo popular do governo. Essa é a visão de Ingeborg Maus⁴³³ e foi também a visão de Sieyès, quando negou o direito de veto do monarca. Ainda que Sieyès defendesse que todos os poderes constituídos se submeteriam igualmente ao poder constituinte, Sieyès se posicionou desfavorável ao mecanismo de freios e contrapesos, deixando a fiscalização do legislativo apenas à opinião pública e ao poder constituinte. Todos os poderes se submeteriam igualmente à constituição, mas disso não decorreria o exercício legislativo negativo pelo rei ou pelos juízes.

A segunda alternativa admitiria o *check and balances* como um pressuposto da igualdade entre os poderes. Não obstante, o reconhecimento da igualdade entre os poderes conduziria Sieyès à supremacia legislativa e Marshall à supremacia judicial. Para os departamentalistas, a mesma lógica que concederia ao judiciário o poder de ignorar decisões ou decretos inconstitucionais, daria também ao legislativo o poder de invalidar decretos e decisões judiciais inconstitucionais. Concluir algo diferente significaria repudiar a igualdade entre os poderes, conferindo-lhes *status* diferenciado, já que o árbitro do conflito ou o juiz da exceção, logicamente, exerceria a supremacia. Na Inglaterra, a supremacia legislativa conferiria a soberania ao Parlamento, porém, partindo da distinção entre poder constituído e constituinte, nenhum dos três poderes poderia ser árbitro do conflito. Em

⁴³² VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, pp. 356-357.

⁴³³ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 199.

última análise, para Sieyès, soberana seria a assembleia nacional. Para Albert Dicey, no caso dos Estados Unidos, soberano seria o corpo formado por três quartos dos estados.⁴³⁴

O problema da tese de Sieyès é que sempre que houvesse um conflito entre os poderes, o povo escolheria representantes constituintes para estabelecer um novo regramento constitucional. Conforme Albert Dicey observou, as primeiras três constituições francesas, a constituição monárquica de 1791, a democrática de 1793 e a do diretório de 1795 (que não admitia sequer emenda), confinaram os legisladores em assembleias ordinárias não soberanas e não deram a menor dica de como proceder quando uma lei ordinária violasse a constituição.⁴³⁵ Isso porque o conflito entre os poderes ou entre um poder e a constituição não podia ser resolvido pelo governo, mas somente por sanções morais obtidas a partir da opinião pública, até que nova constituinte se instaurasse. A Constituição norte-americana também não foi clara sobre como o conflito seria solucionado, dando origem às controvérsias teóricas do departamentalismo, da supremacia parlamentar e do *judicial review*.

O papel de guardião da Suprema Corte norte-americana, portanto, foi historicamente construído. Sua legitimidade para invalidar atos contrários à constituição derivava da supremacia de uma constituição rígida, escrita e limitada, e da igualdade entre os poderes. Porém, na perspectiva da teoria da revisão coordenada, da igualdade não derivaria a prevalência do judiciário. Como afirma Dicey, a distribuição de todos os poderes do Estado entre autoridades coordenadas necessariamente levou ao resultado que nenhuma autoridade poderia dominar a mesma quantidade de poder que, sob uma constituição unitária, é exercida pelo soberano, como o Parlamento, todavia, elas conduziram à predominância do judiciário. Se os juízes limitavam a autoridade, tanto do governo quanto da legislatura, e se não haveria apelação de suas decisões, o que se segue é que o judiciário não apenas guardaria a constituição, mas também tornar-se-ia seu mestre, logo, o federalismo instituído em países como os Estados Unidos teria transformado a Suprema Corte em instância decisiva do poder.⁴³⁶ O *judicial review*, entendido desta maneira, não é uma teoria de igualdade entre os poderes. Se a última palavra sobre a interpretação da constituição está nas mãos da Suprema Corte e todos os poderes são obrigados a cumprir as

⁴³⁴ Cf. DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 141.

⁴³⁵ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 125

⁴³⁶ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*, pp. 163-166.

determinações judiciais,⁴³⁷ então, existe hierarquia de um poder sobre os demais e, diferente do que sustentaram os federalistas, essa prevalência não decorreria naturalmente da igualdade, mas sim da disparidade entre os poderes e sua relação com a constituição. Mas se a separação pura de poderes nunca foi praticada, seria aplicável uma teoria de igualdade *pura* entre os poderes, nos moldes da teoria departamentalista, em que todos os departamentos exerceriam igualmente o poder de interpretação constitucional?

Diversas teorias que negam existir o monopólio ou mesmo a última palavra sobre interpretação constitucional se aproximam do pleito departamentalista do final do século XVIII e início do século XIX. Acreditam que a decisão de um departamento não coloca fim ao processo político, havendo ações e reações entre os poderes, sendo essa dinâmica importante para o diálogo entre os poderes, ou entre as instituições, e para o reconhecimento da falibilidade recíproca, negando, portanto, o argumento da “última palavra” entre qualquer dos poderes constituídos.

O problema dessa tese, conforme escrito por Christopher Wolfe,⁴³⁸ é que o desafio recíproco daria ao poder executivo o poder de errar por último, conforme a ordem natural das coisas. Ainda que se tenha questionado neste trabalho a existência de uma ordem natural que inicia no legislativo, passa pelo judiciário e termina no executivo, dar aos departamentos o direito de desafio permitiria que o executivo tivesse o poder para desafiar as decisões das cortes constitucionais ou das leis que reputasse inconstitucionais. O problema dessa visão é descrito pelo próprio Wolfe, ao dizer que não se pode conceber um governo executivo que se negue a cumprir leis e decisões judiciais. Se a própria teoria da separação de funções é concebida de modo a retirar do monarca o poder legislativo exclusivo, submetendo-o ao *king in Parliament*, não faria sentido dizer que, depois de criada a lei, ele poderia ignorá-la, invocando seu ponto de vista pessoal, fazendo ruir o *rule of law*. M. J. C. Vile ainda afirmou que a maior parte dos teóricos ocidentais, ainda que tivessem se desentendido em relação a outros aspectos, concordam que seria indesejável que todas as decisões recaíssem em um só homem, cuja palavra equivaleria à lei (ou à constituição), do

⁴³⁷ Já que foi afirmado que o *judicial review* pode coexistir em países com supremacia parlamentar, bastando que a última palavra seja do parlamento.

⁴³⁸ WOLFE, Christopher. *The rise of the modern judicial review*, p. 100.

mesmo modo que seria indesejável que todas as tarefas do governo fossem desempenhadas por uma assembleia representativa.⁴³⁹

O que se quer mostrar é que a separação de funções seria inútil, se desse ao executivo o poder de descumprir a lei de acordo com sua discricionariedade. Ela foi forjada na Inglaterra dando ao Parlamento a supremacia, e posteriormente a soberania, em relação às demais funções do Estado. Não haveria *rule of law*, se o monarca pudesse ignorar a legislação quando a reputasse incorreta. Porém, se o executivo tivesse tanta autoridade quanto o legislativo em interpretar as leis diante da constituição, haver ou não leis limitando e disciplinando sua atuação seria algo indiferente, já que ele sempre poderia negar sua validade, ao considerá-las inconstitucionais. Pessoa alguma se submeteria a uma lei, se essa lei pudesse ser afastada por ela própria.

Os teóricos da igualdade *pura* entre os poderes, normalmente, recorrem à isonomia dos poderes, ao ganho epistêmico do diálogo e à supremacia constitucional para legitimar os desafios entre poder legislativo e judiciário (dando pouca ênfase ao executivo), criticando a existência de qualquer supremacia funcional. Pouco ou nunca se explica a contento como o executivo poderia exercer esse desafio legitimamente, especialmente ao discordar de decisões judiciais, sem incorrer nos vícios da tirania absolutista ou na anarquia.⁴⁴⁰ Importante dizer que o desafio executivo, aqui, não pode ser entendido apenas como um veto que pode ser derrubado ou pela possibilidade do Presidente da República propor ação direta de inconstitucionalidade, como há previsão na constituição brasileira. No primeiro caso, o Congresso decide a manutenção do veto, no segundo caso, quem decide é o Supremo Tribunal Federal. Mas a insubordinação executiva, decorrente da igualdade pura, prescindiria do apoio dos outros ramos para amparar sua insubordinação, devido a sua autonomia constitucional. Portanto, apesar de não ser comum a leitura que defenda a autoridade do Presidente para descumprir leis e decisões judiciais, por considerá-las inconstitucionais, e da preferência pelo desafio entre cortes e parlamentos, persiste a indagação sobre a adoção de um critério de solução diante da divergência entre os poderes que não exija a convocação de constituintes para solucionar a controvérsia, como sugere a solução de Sieyès.

⁴³⁹ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 376.

⁴⁴⁰ O Presidente do Congresso Nacional, Renan Calheiros, em 2016, ao negar-se a receber notificação de liminar do Ministro Marco Aurélio que o afastava do cargo, foi amplamente criticado por descumprir a ordem judicial.

Conrado Hubner Mendes, por exemplo, defende que o *pedigree* majoritário do parlamento não concede ao legislativo o poder de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional. O poder de falar por último (pelo menos provisoriamente) deve recair sobre a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível com um critério substantivo de legitimidade, ou seja, saber qual poder detém legitimidade para desafiar por último não está pré-estabelecido em uma democracia comprometida com princípios e o desenho institucional deve maximizar a probabilidade de boas decisões.⁴⁴¹ Mendes defende uma lógica quase que popperiana de refutação das razões públicas, enfatizando que o diálogo entre os poderes fará com que as melhores razões prevaleçam e coloca a definição da autoridade a partir da confiança da comunidade, que possui maior probabilidade de produzir a melhor decisão (embora ele veja esta definição como uma questão menor, sendo mais importante assegurar o desafio institucional).

De acordo com a teoria de separação de poderes de Mendes, a definição da instituição que decide *melhor* exige um critério moral independente para julgá-la. Ele se utiliza da noção de razão pública de John Rawls como critério autônomo para definir a legitimidade das decisões. Sua tese é a de que a separação de poderes deliberativa produz maior probabilidade de se chegar à resposta certa. A legitimidade das cortes, portanto, em sua concepção de democracia, consiste em desafiar as decisões parlamentares, fazendo que a noção de certo ou verdade se defina a partir da estabilidade do argumento à refutação e conclui citando a posição de John Stuart Mill, “só teremos segurança de que uma proposição é verdadeira na medida em que ataques a ela estejam abertos, e ela resista. Se, a título da conquista da verdade, proíbe-se a contestação daí em diante, esta morre como um dogma que entorpece a capacidade crítica”.⁴⁴² A obra de Rodrigo Brandão⁴⁴³ também compartilha, em diversas passagens, a posição de Mendes, ao defender que o constante desafio entre os poderes, próprio do modelo dialógico, possui maior potencial epistêmico do que os modelos de supremacia, no qual uma instituição pode dar a última palavra sobre o sentido presente e futuro da constituição. Citando, da mesma maneira, a teoria de Mill, preconiza a provisoriedade dos resultados e acredita que deve haver flexibilização entre os poderes na solução de questões constitucionais complexas.

⁴⁴¹ Cf. MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. pp. 182-195.

⁴⁴² MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 208.

⁴⁴³ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p.314.

Para definir quem deve dar a palavra final sobre a interpretação da constituição, Brandão explica que todos os poderes (interagindo horizontalmente) e a sociedade civil (interagindo com os poderes) poderiam decidir. Nem o legislativo nem o judiciário são teoricamente mais capazes institucionalmente. Somente por meio do caso concreto se poderá julgar quem possui uma interpretação melhor do que a do seu adversário. Por sua exposição, pode-se concluir que a justiça procedimental perfeita ou a justiça procedimental pura (como defendida por Waldron) são raras ou insatisfatórias na definição da capacidade institucional. Ele opta pelo conceito de justiça procedimental imperfeita de Rawls, para afirmar que existe um critério independente para produzir o resultado correto, mas não há processo ou desenho institucional que com certeza leve a ele.⁴⁴⁴

Diversos aspectos deveriam ser suscitados a partir dessa problemática. Em primeiro lugar, seria necessário indagar se existe uma melhora ou um ganho epistêmico das decisões institucionais após o ciclo de desafios. Tal como Popper e Mill, Mendes e Brandão acreditam que os melhores argumentos são aqueles que resistem aos ataques: quanto mais estável, mais verdadeiro. Entretanto, seria preciso discutir até que ponto a adesão aos argumentos está vinculada a um aspecto racional ou verdadeiro ou a um elemento passional, que nada tem a ver com a verdade. Em segundo lugar, seria necessário indagar se existe igual capacidade de desafio entre as instituições. Uma instituição que, por sua natureza, tenha uma capacidade de articular decisões de maneira mais demorada ou complexa estaria em desvantagem, no momento do desafio, e a ausência do desafio não levaria à conclusão de sua concordância às razões da outra. Em terceiro lugar, como já se disse, a quebra do monopólio autorizaria o poder executivo a atuar como igual intérprete da constituição, inclusive, por um *accountability* maior que o legislativo, não obstante, mais uma vez, pouco se diz a respeito de sua legitimidade em desafiar as decisões do legislativo e do judiciário. O ponto crucial, porém, consiste em verificar se o conceito de razão pública de John Rawls seria a solução para a divergência entre os poderes, substituindo a constituinte como árbitra do conflito.

A proposta de Mendes é utilizar o conceito de razão pública de Rawls para legitimar um arranjo institucional flutuante que permita que judiciário e legislativo (e não executivo) se alterem no protagonismo da interpretação constitucional. A escolha da decisão final

⁴⁴⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, pp. 208-210.

(provisória) estará a favor da instituição capaz de apresentar as melhores razões, diluindo a distinção entre autoridade legítima (quem/*ex ante*) e decisão legítima (o que decide/*ex post*).⁴⁴⁵ Há, logicamente, a necessidade de fixação de um critério capaz de determinar a *melhor* decisão. Brandão⁴⁴⁶ afirma que, em uma democracia deliberativa, capaz de harmonizar desacordo moral e estabilidade social (a partir do ideal liberal da reciprocidade), é necessário que as decisões políticas sejam justificadas pela razão, isto é, uma decisão proferida por um governante só se justifica, se estiver embasada em razões que podem ser aceitas por cidadãos que adotem diferentes doutrinas abrangentes, de forma a respeitar-se o pluralismo, sem prejuízo à estabilidade social. Ambos os autores, portanto, defendem que a teoria de Rawls é o “único caminho” apto a servir como critério autônomo de legitimidade em face do pluralismo de doutrinas abrangentes.

De acordo com John Rawls, uma sociedade democrática não permite que as escolhas políticas fundamentais estejam pautadas em argumentos não públicos, como o caso dos argumentos religiosos. A razão pública tem como objeto o bem comum e só se aplica aos elementos constitucionais essenciais, pressupondo que os indivíduos sejam capazes de abstrair suas concepções divergentes (fato do pluralismo) para chegar a um consenso sobreposto. Além disso, Rawls estabelece uma distinção entre deliberação e reflexão pessoal e deliberação pública, a razão pública somente é instrumento de argumentação política no fórum público, sendo o tribunal um caso exemplar de razão pública, já que o legislativo e o executivo não precisam ser justificados dessa forma.⁴⁴⁷

Robert Alexy dá um exemplo de como o indivíduo deve raciocinar para distinguir a razão pública da razão privada, sobretudo para explicar o controle de constitucionalidade do tribunal constitucional com base na representação argumentativa:

Existe una importante diferencia entre la pregunta ¿Cómo quiero vivir? Ya la pregunta ¿Cómo queremos vivir? La respuesta a la primera pregunta es una concepción moral personal que contiene una representación de lo que es la buena vida para mí. La respuesta a la segunda pregunta es una concepción moral pública que pone de manifiesto una representación común sobre las condiciones justas de cooperación social en un mundo marcado por el hecho del pluralismo. Rawls habla entonces, en caso de que se alcance un acuerdo en la segunda cuestión, de un consenso por superposición (*overlapping consensus*).⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 195.

⁴⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p.314.

⁴⁴⁷ Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*, p. 264-265.

⁴⁴⁸ ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, p. 40.

Existe um princípio liberal de legitimidade que impõe aos cidadãos um dever de civilidade, que consiste: a) em explicar aos outros de que maneira os princípios e políticas que se defendem e nos quais se votam podem ser sustentados pelos valores políticos da razão pública, b) ouvir os outros, e c) ter equanimidade para decidir quando é razoável que se façam ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os de outros. Seu princípio liberal de legitimidade defende que o poder político (como a coerção) é válido quando pautado em uma “constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais” ⁴⁴⁹

Os cidadãos devem trazer argumentos razoáveis e racionais, sabendo que há divergências filosóficas e religiosas, que expliquem a base de seus raciocínios de tal forma que seja razoável esperar que os outros aceitem e vice-versa, por serem coerentes com a liberdade e igualdade dos cidadãos. Sua teoria defende que os cidadãos devem apelar somente para uma concepção pública de justiça e não para a verdade como um todo, tal como a veem. Rawls exemplifica com algumas regras processuais americanas:

Considere como, no julgamento de um crime, as regras da evidência limitam o testemunho que pode ser introduzido, com o propósito de assegurar o acusado o direito fundamental de ter um julgamento justo. Não só as evidências baseadas em rumores são excluídas, como também as que são obtidas por buscas e apreensões arbitrárias, ou por abusos praticados contra os acusados ao se lhes deter sem informa-los de seus direitos. Tampouco se pode obrigar uma pessoa a testemunhar em um processo no qual seja acusada. Finalmente, para mencionar uma restrição que tem um fundamento muito diferente, não se pode obrigar que cônjuges testemunhem um contra o outros, para proteger o importante bem da vida familiar e para mostrar respeito público pelo valor dos laços afetivos. ⁴⁵⁰

Nesses casos, a verdade pode ser colocada em segundo plano, resolvendo-se o paradoxo da razão pública. Os indivíduos não devem argumentar com base no que consideram a “verdade toda”, mas com base no conhecimento e em formas de argumentação que fundamentam a aceitação dos princípios de justiça e sua aplicação a elementos constitucionais essenciais e à justiça básica repousada em verdades claras, amplamente aceitas pelos cidadãos em geral ou acessíveis a eles. As diretrizes da razão pública e os princípios de justiça possuem o mesmo alicerce. Rawls também acredita que a ideia de razão pública não significa aceitar uma determinada concepção liberal de justiça nos mínimos detalhes dos princípios que definem seu conteúdo. Pode haver discordância quanto

⁴⁴⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*, p. 266.

⁴⁵⁰ RAWLS, John. *O liberalismo político*, p. 268.

aos princípios, mas há concordância em aceitar as características mais gerais de uma concepção, portanto, a razão pública funcionaria como um teste de julgamento de argumentos.⁴⁵¹

Rawls acredita que a Suprema Corte é um exemplo de razão pública por excelência, mas não o intérprete último da lei mais alta. Seus princípios de constitucionalismo podem ser resumidos em cinco: a) distinção entre poder constituinte e poder ordinário, b) distinção entre lei mais alta (expressa pelo poder constituinte) e lei comum (expressa no poder ordinário do parlamento), c) a constituição democrática é expressão do ideal político de um povo de se governar de uma certa maneira, sendo a razão pública o meio de se articular esse ideal, d) os cidadãos podem fixar os elementos essenciais por meio de uma constituição, e e) o poder supremo de um governo não cabe ao legislativo nem ao judiciário, mas aos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada um responsável perante o povo. Em relação a este último ponto, Rawls desenvolve sua defesa da democracia constitucional dualista, baseando-se na teoria de Bruce Ackerman, rejeitando o modelo de supremacia parlamentar. Todavia, explica que sua concepção pode ser aplicada em três regimes de governo: na supremacia parlamentar, na democracia dualista ou no modelo alemão de cláusulas pétreas. Pode acontecer de um modelo de supremacia parlamentar vir a oferecer um regime de proteção a esses direitos melhor que um sistema dualista, ainda que não possua uma carta de direitos. Já no modelo alemão, haver direitos fora do alcance das emendas pode ser considerado antidemocrático, mas sob a perspectiva de sua teoria, essa não é uma questão essencial, porque na falta de uma solução universal, cada país procura uma resposta específica às suas condições e experiências históricas e o mérito de cada regime deve ser avaliado a partir de sua capacidade em incluir os valores da razão pública.⁴⁵²

Outro ponto essencial da explicação de Rawls a respeito da razão pública é que, normalmente, os cidadãos e os legisladores podem decidir e votar de acordo com suas visões mais abrangentes (ou com a verdade toda) desde que os elementos constitucionais essenciais e a justiça básica não estejam em jogo: “não precisam justificar, por meio da razão pública, por que votam dessa ou daquela maneira, ou dar consistência a suas razões e

⁴⁵¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*, pp. 274-276.

⁴⁵² RAWLS, John. *O liberalismo político*, pp. 285-286.

articulá-las numa visão constitucional coerente, que abranja todas as suas decisões”⁴⁵³. Já os juízes devem sempre argumentar com base na razão pública, não podendo invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral - são todos irrelevantes. Seus julgamentos, ainda que divergentes, devem invocar valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem, como requer o dever de civilidade.

Por fim, Rawls explica que a constituição não é aquilo dito pela Suprema Corte, e sim pelo povo. Resgatando um exemplo que Ackerman⁴⁵⁴ cita no início de sua obra, Rawls analisa a situação de uma emenda constitucional que buscasse revogar a Primeira Emenda e instituir uma religião oficial. Para Ackerman, apesar de discordar do conteúdo dessa emenda, ela seria válida. Já para Rawls, as emendas têm a função de ajustar valores constitucionais básicos a circunstâncias políticas e sociais em transformação. Analisando a constituição americana sob uma perspectiva histórica, uma emenda assim contradiria a tradição constitucional do mais antigo regime democrático do mundo, não tendo, portanto, validade. Uma emenda assim representaria um colapso constitucional ou uma revolução em seu sentido pleno, e não uma emenda válida da constituição. Logo, a Carta de Direitos e outras emendas são consideradas pétreas no sentido de serem validadas por longa prática histórica⁴⁵⁵.

Todo o esforço no desenvolvimento de sua teoria de justiça não evitou que Rawls recebesse uma avalanche de críticas. Os críticos marxistas e feministas⁴⁵⁶ discordam da divisão entre Estado e sociedade civil, privado e público. Os comunitaristas, por sua vez, acreditam que Rawls só pode alcançar seu consenso, ao ignorar as identidades históricas divergentes que, no mundo real, moldam e limitam as decisões morais e políticas. Mesmo

⁴⁵³ RAWLS, John. *O liberalismo político*, p. 286.

⁴⁵⁴ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, p. 18.

⁴⁵⁵ RAWLS, John. *Liberalismo político*, pp. 289-290.

⁴⁵⁶ “Uma vez que o liberalismo considera toda uma extensão de crenças como meras opiniões pessoais, os liberais não têm dificuldade em tolerar uma variedade de opiniões sobre muitas questões. Os verdadeiros crentes, ao contrário, não admitem tal ceticismo, e seriam inconsistentes se o fizessem. Poderiam apenas adotar a moralidade pública de Rawls, sacrificando muitos de seus compromissos mais íntimos. Como observaram as feministas, até os liberais devem se preocupar com essa distinção, ainda que ela sirva apenas para legitimar a opressão doméstica e intercomunitária. Ignorar esta possibilidade expõe o liberalismo à acusação de que as liberdades públicas e a igualdade que ela defende só estarão disponíveis para alguns e, implicitamente, requerem a opressão de outros para o seu exercício”. Cf. BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*, p. 418.

Habermas,⁴⁵⁷ um defensor da democracia deliberativa e da razão pública, fez duras críticas ao conceito de razão pública de Rawls ao afirmar que sua concepção liberal de direitos dos modernos têm características que rebaixam o processo democrático a um *status* inferior, de forma que a autonomia política fique no nível da posição original e não se desdobre em uma situação não-hipotética, fazendo com que o véu da ignorância institucionalize princípios e normas fora do controle dos cidadãos. Outro problema na teoria de Rawls, de acordo com Habermas, seria negligenciar a importância da razão prática, limitando-se a uma razão instrumental, já que a validade moral da concepção de justiça não se fundamenta em uma razão prática universal, mas na convergência de concepções de mundos razoáveis sobrepostos o suficiente em partes morais. A consequência disso seria o enfraquecimento da pretensão de razão da concepção kantiana da justiça. Com isso, observa-se que o conceito de razão pública para Habermas é bem distinto do ponto de vista de Rawls; pois, para este, o uso público da razão pressupõe a pré-existência de um consenso, para o outro, o consenso sobreposto é destituído de uma perspectiva pública, que disponibilize aos cidadãos a oportunidade de desenvolver e justificar uma concepção política a partir de uma deliberação pública comum.⁴⁵⁸ Para Habermas, o próprio conceito de razoável em Rawls está vinculado a uma perspectiva metafísica, já que o razoável rawlsiano só pode existir depois do consenso sobreposto, defendendo que a razoabilidade significa assumir que o indivíduo deve guiar-se por seu senso de justiça para criar uma concepção de justiça independente, a qual ele espera que seja aceita por outras pessoas razoáveis quando assumem o papel de cidadãos livre e iguais, admitindo, assim, a abstração das doutrinas abrangentes.

Seguindo uma linha distinta da de Habermas, a crítica de Richard Bellamy⁴⁵⁹ consiste em afirmar que a teoria de justiça não se apresenta da forma tão neutra ou imparcial como quer Rawls. Para Bellamy, os julgamentos liberais de Rawls sobre a liberdade são mais qualitativos que quantitativos, já a tendência individualista do segundo princípio ignora a importância de bens comuns, como paz e meio ambiente limpo. Bellamy afirma que a teoria de Rawls tenta se abster de relacionar sua teoria de justiça em opiniões

⁴⁵⁷ Cf. KRITSCH, Raquel e SILVA, André Luiz da. *Considerações acerca da noção de razão pública no debate Rawls-Habermas*, pp. 72,81-82.

⁴⁵⁸ Sobre o debate Habermas e Rawls, Cf. KRITSCH, Raquel e SILVA, André Luiz da. *Considerações acerca da noção de razão pública no debate Rawls-Habermas*, pp. 72,81-82.

⁴⁵⁹ Cf. BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*, p. 416.

controvertidas sobre a natureza da verdade ou da moralidade, ao mesmo tempo em que o “consenso justaposto” representa uma posição moral mínima apta a regular a interação pública das pessoas, e indaga:

Até que ponto este argumento é coerente? Será que Rawls não quer ficar com a faca e o queijo na mão? Apesar de não assumir, será que a alegação de que o valor de sua teoria está em sua competência para controlar a responsabilidade reflexiva de cidadãos democráticos livres e iguais vem a significar que preencher tais condições atesta a sua validade e verdade? Do contrário, ele deve basear sua causa na afirmação puramente empírica de que certa ou erroneamente apenas um tal acordo sobre os princípios que o povo simplesmente vem a acreditar que são justos pode produzir uma estabilidade social duradoura. Se esta é a posição de Rawls, sua teoria não significa nada além de uma avaliação das condições de paz e unidade social não-reprimida. Ela dificilmente poderia ser chamada de uma teoria de justiça, e não oferece uma avaliação normativa de por que o povo deve aceitar estes princípios em vez de outros.⁴⁶⁰

Se for assim, Bellamy acredita que o consenso baseado na vontade parece tão ilógico e inatingível quanto a “vontade geral” e o “bem comum”, fazendo com que a homogeneidade social presumida por esses conceitos venha sendo progressivamente destruída em sociedades complexas e de grande porte. Isso porque a emoção ou afeição natural pelas tradições ou pelas maneiras de se tratar as coisas da terra de origem e de criação de uma pessoa desempenham um papel de sustentação da comunidade muito maior do que argumentos pautados na “razão pública” ou em princípios racionalmente sancionados.⁴⁶¹ Não obstante, Bellamy entende que a teoria de Rawls, para ser persuasiva, acaba se fundamentando em uma concepção mais abrangente de bem. Acha muito suspeito Rawls afirmar que sua visão da personalidade moral é feita a partir de uma autocompreensão de indivíduos e não de um ideal metafísico, quando a maior parte dos teóricos democráticos tem uma visão mais pessimista do eleitor médio, fazendo com que a paixão e o interesse desempenhem um papel maior do que o senso de justiça.⁴⁶²

Bellamy desenvolve sua crítica dizendo ser improvável que sua teoria de justiça consiga a adesão universal que Rawls busca dar-lhe e que é difícil acreditar que muitas pessoas possam aceitar, ou realmente aceitem, as exigências da atitude moral que ele determina. Para Bellamy, a distinção entre esfera pública e privada (ou como coloca Alexy, em distinguir a resposta de como quero viver e como queremos viver) requer que todos, exceto os liberais, sejam dotados de uma personalidade implausivelmente esquizofrênica.

⁴⁶⁰ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*, pp. 415-416.

⁴⁶¹ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*, p. 416.

⁴⁶² BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*, p. 416.

Assim, a principal dificuldade do princípio da neutralidade é que apenas os liberais o consideram convincente.⁴⁶³ Bellamy finaliza seu argumento dizendo que um liberalismo verdadeiramente político deve ter espaço para discutir aquilo que Rawls considera um consenso democrático justaposto, porém, para banir o argumento político dessas questões, seria preciso impor uma moralidade liberal abrangente, posição que Rawls buscou evitar.⁴⁶⁴

Esses singelos exemplos foram colacionados para atender a uma finalidade. Se a última palavra provisória é fixada pela instituição capaz de proferir as melhores decisões e a razão pública de Rawls é a teoria que servirá como base de consenso e critério de legitimidade para julgar os argumentos, o que fazer com os críticos de Rawls? Como solucionar o ceticismo daqueles que não acreditam que a teoria de Rawls seja um caminho imparcial de justificação em face do pluralismo, suscitando que mesmo a teoria rawlsiana se funda em uma doutrina liberal abrangente ou em argumentos metafísicos? Ainda, como solucionar o problema se há divergências acerca do conceito de racionalidade ou de razão pública? Ou ainda, por que a imparcialidade e a neutralidade devem ser valores de justiça mais importantes que outros valores sociais, como entendem os comunitaristas?

Mendes está ciente dessa divergência. No seu ponto de vista, a controvérsia seria resumida da seguinte maneira: a teoria de Rawls requer que o desacordo sobre a justiça esteja minimamente resolvido antes que se construam as instituições; pode haver desacordo sobre este conteúdo mínimo, mas qualquer teoria (até mesmo o procedimentalismo de Waldron) requer algum tipo de consenso, desta maneira, se há um desacordo profundo, não há motivos para que a teoria de Waldron seja preferível à de Rawls, por exemplo. Todo regime legítimo, se precisa ser justificável para todos, tem que contar com algum acordo mínimo compartilhado.⁴⁶⁵

Mendes, todavia, não responde a pergunta que fez, que pode ser reformulada em sentido inverso: se é necessário um acordo mínimo compartilhado, por que se deve optar pelo acordo de Rawls? Por que não preferir a razão pública de Habermas, por exemplo, ou qualquer outra teoria sobre consenso? Para Mendes, a resposta a essa indagação poderia estar pautada na condição da teoria de Rawls ser a *única* apropriada em oferecer um critério

⁴⁶³ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*, p. 416.

⁴⁶⁴ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*, p. 419.

⁴⁶⁵ “Se discordamos tanto assim, por que então, compartilharíamos do procedimento sugerido por ele? Se há desacordo tão profundo, por que devemos preferir a solução dele, e não a de outro?” Cf. MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, pp. 199-200).

neutro (razão pública) de avaliação dos argumentos, porém, alguns motivos já foram elencados para, pelo menos, levantar certa suspeita acerca da capacidade da teoria liberal de Rawls em alcançar com neutralidade essa exigência. Pior, se for possível (e desejável) que os cidadãos sejam compelidos a abdicar de suas próprias teorias abrangentes quando há suspeitas de que a teoria de Rawls também recorre, de certa forma, a elas. Diante disso, seria necessário a definição de um procedimento para determinar qual razão pública seria empregada para mensurar substantivamente as decisões dos poderes. Mais: ainda que se chegasse ao consenso quanto ao critério, seria necessário alguém para decidir quando o critério estaria corretamente empregado, já que este também é um problema de interpretação.

Desse modo, se é admissível a oscilação entre os poderes (a flutuação só pode ser justificada a partir de um critério substantivo de legitimidade) e não há acordo sob qual critério de legitimidade é o adequado (pode ser a razão pública de Rawls, pode ser a razão pública de Habermas, pode ser o consenso de Waldron, etc), ou se deve voltar à explicação de Friedman, de que as instituições se movimentam conforme as ondas da opinião pública,⁴⁶⁶ ou há que se enfrentar um anarquismo institucional, já que o problema do anarquismo filosófico não vai ser resolvido, se houver resistência em se acatar a sugestão rawlsiana (como, de fato, existe).

Nesse ponto, a distinção entre autoridade legítima (*quem/ex ante*) e decisão legítima (*o que decide/ex post*) parece abordar de maneira mais realista o problema da definição do desenho institucional. No dualismo, por exemplo, existe essa dissociação entre autoridade e decisão, inclusive, atendendo melhor aos propósitos refutadores de Stuart Mill, já que Rawls não admite o desafio de argumentos pautados em valores constitucionais historicamente estabelecidos (pelo menos usando como marco histórico válido a Constituição americana), enquanto que Ackerman admite a refutação, ao menos, nos momentos constitucionais. Não que se aceite qualquer decisão ou se prescindia da razão pública, mas a autoridade é fixada independente dela. Nos momentos ordinários é a corte, nos momentos extraordinários é o parlamento. Isso porque os direitos e a justiça, como seus critérios de mensuração (razão pública), são controvertidos e só se resolve a controvérsia com a definição de um procedimento. A escolha do procedimento pode também ser

⁴⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 194.

controvertida, é verdade, mas é na capacidade de definição do procedimento que se revela o governo, o supremo ou o soberano, afastando, assim, a anarquia.

Para Conrado Mendes, como a última palavra é provisória, essa questão parece ser um mero detalhe, afinal, a decisão pode ser futuramente desafiada.⁴⁶⁷ Todavia, a não ser que se pretenda um ciclo sem fim de decisões, um *filibuster* institucional, o fato é que, no final das contas, há que se encerrar a controvérsia, ou como se governar um país em que as instituições discutem indefinidamente sobre o *impeachment*? É bem verdade que a decisão pode ser questionada em um novo ciclo de desafios, mas, a não ser que se pretenda uma teoria na qual a decisão final é dada pela instituição mais persistente, há que se estabelecer uma última palavra *provisória* e é por isso que todo governo possui uma teoria de autoridade que, na melhor das hipóteses, tem o poder para fechar cada ciclo de contestação.

O que fazer, por exemplo, nos casos em que nenhum dos poderes fornecesse razões públicas para suas decisões ou nos casos em que todos oferecessem? Em circunstâncias assim, o critério de Rawls não resolveria a controvérsia, ainda que fosse inquestionável. O próprio Rawls parece um pouco ambíguo em sua obra. Ele reconhece que um modelo de supremacia parlamentar pode vir a oferecer um regime de proteção aos direitos melhor que um sistema dualista, mas é enfático em rejeitar a supremacia parlamentar. Um dos problemas, ao que parece, está no sentido em que a expressão “supremacia” é empregada. Se supremacia significa monopólio da interpretação constitucional, faz sentido a observação de Rawls de que nenhum dos poderes, individualmente, detém o poder “supremo”. Todavia, a expressão supremacia também é empregada não no sentido de exclusividade, mas para designar o titular da decisão final, como foi explicada nesta tese. Assim, em algumas propostas de constitucionalismo fraco, por exemplo, ainda que se admita a possibilidade de a corte exercer o *judicial review*, o parlamento remanesce com a titularidade de rever ou cassar as decisões judiciais ou, ainda que não tenha esse poder, concede ao parlamento um protagonismo maior na definição dos direitos, deixando ao judiciário um controle mais limitado ou procedimental. Nesse último sentido, Rawls tem uma predileção pelo modelo dualista, que admite a supremacia

⁴⁶⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 203.

judicial,⁴⁶⁸ e vê os tribunais como órgãos exemplares da razão pública, já que o parlamento não parece ser um ambiente favorável à razão pública.

Jeremy Waldron é um dos autores mais empenhados em resgatar a dignidade do parlamento. Ele explica que, quando se trata do conceito de moralidade, os filósofos legais querem relacionar uma certa moralidade com os tribunais, como o conceito político de legitimidade, e excluir outras moralidades típicas de escolas dominicais, como as teorias abrangentes. Ele exemplifica o problema com um caso de Robert Cover. Em uma decisão do século XIX, certo juiz declarava na sentença seu ponto de vista pessoal da escravidão como injusto e imoral, todavia, como jurista, se via obrigado a aplicar o *standard* moral estabelecido pela lei dos escravos fugidos. Ao dar esse exemplo em suas aulas, Waldron afirma que seus alunos são rápidos em criticar a decisão do magistrado dizendo que a subordinação da consciência pessoal foi um erro, que o juiz agiu de má-fé, escondendo-se atrás da letra da lei para evitar decisões difíceis que a consciência e a moral exigem. Para eles, como para muitos outros comentaristas cultos, seria melhor que o juiz argumentasse com base em razões morais, ao invés de textos, precedentes ou doutrinas. Todavia, Waldron suspeita que seus alunos estivessem raciocinando de forma consequencialista. Se fosse um juiz racista impondo suas próprias convicções, talvez seus alunos fossem menos entusiastas.⁴⁶⁹

A posição de Rawls é que o juiz não pode decidir com base em sua moral individual, mas sua argumentação deve considerar a sociedade como um todo. Para Waldron, o juiz de Rawls participa da construção de um elaborado argumento moral feito em nome de um grande grupo – sua sociedade, e durante todo o seu raciocínio moral, deve estar consciente de que está dispondo do caso moralmente. As partes não levam o caso ao juiz para ele decidir com base em suas convicções, mas para que a sociedade resolva os seus problemas, introduzindo em sua justificativa elementos de decisões sociais anteriores ditas por outros juízes e outros oficiais que não afrontem a autonomia da moralidade ou justiça.⁴⁷⁰

Este parece ser um argumento favorável ao *judicial review*, uma vez que os juízes parecem possuir uma melhor capacidade de racionar moralmente, se por raciocínio moral se

⁴⁶⁸ Salvo nos momentos constituintes, na visão de Ackerman, mas nem em todos, como quer Rawls.

⁴⁶⁹ WALDRON, Jeremy. *Do judges reason morally?*, pp. 23-24.

⁴⁷⁰ Waldron cita uma passagem de Dworkin que explica bem essa posição: “Here’s what I would do, morally, if I ruled the world but rather here’s the best way I can see of disposing properly of this case in a way that keeps faith with how other people in this society have been treated in similar circumstances”. Cf. WALDRON, Jeremy. *Do judges reason morally?*, p. 27.

entenda ter fé na existência de compromissos sociais. Não obstante, seria a corte a única capaz de oferecer razões em nome de toda sociedade? Para Waldron, é claro que os parlamentos também podem oferecer razões em nome de toda sociedade, embora sua forma de raciocinar seja bem distinta (e nem é desejável que sejam iguais).

Logo, havendo duas instituições aptas a oferecerem razões morais, não seria correto fazer com que os argumentos de uma pudessem ser julgados a partir do ideal de outra. Por exemplo, a definição das razões morais legislativas envolve o voto igual de representantes, cuja justificativa se baseia, em parte, ao fato de serem eleitos, mas os juízes não são eleitos, assim pode não ser apropriado avaliar seus processos de tomadas de decisão usando os mesmos *standards* utilizados para avaliar as tomadas de decisão legislativas. De acordo com Waldron, diante das duas opções de razões morais oferecidas pela corte e pelo parlamento, deve prevalecer este último fazendo com que o debate moral desse modelo seja o melhor possível, segundo os padrões ideais próprios de sua argumentação moral.⁴⁷¹ Ainda, se as pessoas prestarem a devida atenção ao tipo de deliberação moral exigida pelas grandes questões de direitos individuais e das minorias, o motivo que pode ser produzido para levar essas questões às cortes não é convincente.⁴⁷²

Por conseguinte, se tanto o parlamento quanto a corte podem oferecer razões legítimas, como resolver o dilema sem recair na anarquia institucional e sem jogar moedas, para definir a autoridade que desafia por último? Mendes parece concluir que, em situações limites como essa, a abdicação judicial talvez fosse uma defesa normativa plausível e a corte daria ao parlamento o benefício da dúvida, mas, para o autor, esse cenário seria mais especulativo do que realista, pois o normal seria uma acomodação entre os dois poderes ou um deles aceitar a posição do outro.⁴⁷³ Brandão também conclui de maneira semelhante defendendo esta “circularidade procedimental”.⁴⁷⁴ Ante o exposto, a resposta dos autores para superar as teorias de supremacias parlamentar e judicial, no caso de uma eventual disputa entre os poderes, é deixá-los impugnarem-se reciprocamente, até que um desista.

Não há razões para crer, todavia, que as cortes mostrem deferência à insistência do legislativo em aprovar novamente uma lei ou optar em elevar o tom do diálogo,

⁴⁷¹ WALDRON, Jeremy. *Do judges reason morally?*, p. 33.

⁴⁷² WALDRON, Jeremy. *Do judges reason morally?*, pp. 33-34.

⁴⁷³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 205.

⁴⁷⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, 289.

aprovando uma emenda (ou uma nova emenda como quer Rodrigo Brandão).⁴⁷⁵ Foi o que aconteceu com o caso canadense descrito por Mendes:

A Corte se dividiu sobre eventual grau de deferência que esses casos mereceriam. Alguns juízes chegaram a usar a noção de diálogo para justificar a deferência. Outros resistiram e disseram que diálogo não poderia ser transformado em abdicação. A juíza McLachlin resumiu sua posição em frase irônica: “A saudável e importante promoção do diálogo entre corte e parlamentos não deveria ser rebaixada a uma regra que diz: se você não foi bem-sucedido da primeira vez, tente, tente de novo”.⁴⁷⁶

Para evitar a anarquia interpretativa, Hogg e Busheel concluíram que a Constituição canadense não permitiria que o parlamento compartilhasse da autoridade de forma que sua opinião pudesse prevalecer, fazendo com que a última palavra permanecesse constitucionalmente com a corte. Contudo, dificilmente isso impediria uma resposta legislativa.⁴⁷⁷ Neste caso, portanto, coube à maioria dos juízes decidir se a última palavra seria do parlamento ou da corte e, ainda que a corte decida ser deferente, a decisão de autolimitação é dela, sendo essa uma característica da supremacia judicial.

Albert Venn Dicey refere-se a esse conceito, ao tratar das dificuldades que poderiam ser suscitadas contra a soberania do Parlamento inglês, afirmando que existem dois conceitos de soberania, o legal e o político. No conceito político, soberano é aquele cuja vontade é obedecida, em último caso, pelos cidadãos do Estado.⁴⁷⁸ Carl Schmitt, ao tratar da definição do poder soberano do Estado, acredita que não se pode confundir *quem* decide com *como* decide, conforme faz Mendes, ao invocar o critério da razão pública. O preceito jurídico, diz Schmitt, declara *como* deve decidir, mas não *quem* deve decidir. Se não houvesse uma instância suprema, qualquer um poderia invocar um conteúdo justo, no entanto, a instância suprema não deriva da norma decisória. Por isso, o problema que se coloca é o da competência, problema que não se pode resolver partindo da qualidade jurídica de um preceito por seu conteúdo, ou seja, não se pode resolver questões relativas à competência referindo-se ao material.⁴⁷⁹

A supremacia judicial invocou a falibilidade do legislativo e a igualdade de poderes como requisito de legitimidade da revisão judicial da legislação. No entanto, ignorou a

⁴⁷⁵ Seria aprovada uma nova emenda à constituição com o mesmo texto, nesse caso?

⁴⁷⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 156.

⁴⁷⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 205.

⁴⁷⁸ Em um sentido legal, a soberania confere ao Parlamento o poder de fazer ou desfazer qualquer lei, não podendo ser limitado por qualquer norma. Cf. DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 69.

⁴⁷⁹ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*, p. 33.

igualdade entre os poderes, ao impedir que executivo e legislativo corrigissem as falhas da decisão judicial. Esse foi um comportamento teoricamente incoerente. A proposta departamentalista e, posteriormente, a teoria dos diálogos entre os poderes, ao permitir o desafio recíproco, poderia se mostrar como um meio apto a superar essa inconsistência, mas ela esbarra em um problema fático: alguém precisa decidir e o critério utilizado da razão pública não parece resolver o problema da definição da autoridade competente, sem recair na anarquia deliberativa. Robert Post e Reva Siegel se esforçaram em racionalizar circunstâncias em que os poderes executivo e legislativo, nomeados por eles como atores não judiciais, poderiam se insurgir legitimamente. Para eles, a guerra hobbesiana de todos contra todos poderia ser evitada se a insurgência fosse excepcional, ou seja, quanto maior o alcance do direito constitucional (já que os juízes agem com base no direito), mais os poderes estariam submetidos às decisões judiciais. O perigo do desacordo constante seria a legitimação de toda desobediência. Ao final, concluem que a tensão entre direito constitucional e constituição é problemática, insolúvel, sendo decidida caso a caso.⁴⁸⁰ É como dizer que os juízes podem declarar a lei inconstitucional, mas não podem fazê-lo com frequência, sob pena de que todos desobedeçam à lei, quando é certo que todo departamento proclama agir em nome da constituição, ao anular a lei ou descumprir a ordem judicial (prova disso foi a perda dessa característica limitadora do *judicial review* dos primórdios da república). Os autores, entretanto, não defendem a anarquia deliberativa, antes disso, mostram-se favoráveis a um modelo de supremacia judicial dotado de definitividade, mas temperado por *circunstâncias excepcionais*⁴⁸¹ imprecisas que admitiriam a reação dos outros poderes, isto é, normalmente, prevaleceria a decisão judicial.

Em oposição ao diálogo indefinido, Schmitt recorreu a Donoso e J. du Maistre, para salientar que a comunidade não poderia ser transformada em um grande clube de debate, omitindo a responsabilidade de uma decisão final:

En el sistema de Condorcet, por ejemplo —que tan bien ha estudiado y descrito Wolzendorff, quién sabe si por analogía de espíritu— hay que tener por cierto que el ideal de la vida política consistiría en que discutiese no sólo el cuerpo legislativo, sino toda la población, que la sociedad humana se transformase en un gigantesco club y la verdad naciese espontáneamente de la votación. Donoso ve en esto un método de eludir la responsabilidad y de acentuar importancia de la libertad de manifestación del pensamiento para no tener que decidirse en las cosas últimas. Así como el liberalismo discute y transige sobre cualquier bagatela política, quisiera

⁴⁸⁰ POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático*, pp. 131-137.

⁴⁸¹ Essas circunstâncias, porém, seriam imprecisas devido ao dissenso acerca de suas fronteiras. Cf. POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático*, pp. 131-137.

también disolver la verdad metafísica en una discusión. Su esencia consiste en negociar, en las medias tintas, con la esperanza de que el encuentro definitivo, la cruenta y ilecisa batalla pueda quizá transformarse en un debate parlamentario y suspenderse eternamente gracias a una discusión eterna.⁴⁸²

Seguindo essa linha, Schmitt escreveu que toda decisão irrecurível é, em última análise, infalível. O soberano, portanto, é aquele capaz de resolver o conflito constitucional de forma a submeter todos os poderes a sua decisão. Não se trata aqui de dizer que o soberano exerce poder irrestrito e absoluto. Dicey afirma que qualquer soberano, seja o Czar na Rússia ou o Parlamento britânico, sofre limitações reais a seu poder. Em uma passagem que lembra a constatação de Dahl, Dicey esclarece que todo poder sofre desobediência e oposição, sendo um erro crer que qualquer governante possa fazer ou desfazer leis ou decidir a seu bel prazer. Mesmo governos militares precisam estar atentos à opinião pública.⁴⁸³ Por isso, não se pode confundir decisão irrecurível com decisão imutável ou lei imutável. O soberano, seja quem for, é suscetível a limitações internas e externas, por mais amplo que seja o seu poder. Porém, na falta do soberano, haveria a anarquia, já que não haveria decisão ou haveria decisão de todos. Para Sieyès, a solução seria dar um juiz supremo para que a anarquia não substituísse a ordem.⁴⁸⁴

Todavia, a soberania popular não admite a presença de um soberano qualquer. Tampouco aceita que a decisão se defina longe do alcance do povo. Na opinião de Ingeborg Maus, quando Carl Schmitt destinou à justiça a função defensiva contra o legislador, transmitindo a soberania para o presidente do Reich, inverteu-se o sistema hierárquico-democrático da separação de poderes, destruindo o Estado democrático de direito.⁴⁸⁵ De acordo com Maus, as disciplinas jurídicas, atualmente, têm se preocupado mais com a “liberdade da decisão judicial do que com a defesa das liberdades políticas contra uma justiça arbitrária”,⁴⁸⁶ assim como confundem independência judicial e função judicial com controle judicial sobre a lei. Com isso, ainda que a soberania imponha hierarquia, a soberania popular exige uma assimetria de baixo para cima, não admitindo que qualquer autoridade possa se proclamar soberana e, assim, apta a resolver o conflito legitimamente.

⁴⁸² SCHMITT, Carl. *Teologia política*, p. 55.

⁴⁸³ DICEY. Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 74.

⁴⁸⁴ SIEYÈS. Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, p. 60.

⁴⁸⁵ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, pp. 224-225.

⁴⁸⁶ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 216.

O erro, portanto, da supremacia judicial, é crer que sua legitimidade para rever os atos legislativos e decretos executivos deriva da igualdade entre os poderes. Se houvesse igualdade, ou todos os poderes poderiam desafiar-se reciprocamente, propiciando um ambiente de desobediência, anarquia e desordem, ou nenhum deles o faria, relegando o conflito a um soberano externo, fosse o povo, o poder constituinte ou o rei, titular do poder moderador. A supremacia judicial, todavia, confere às cortes o poder de atuarem como árbitras do conflito constitucional. A supremacia legislativa confere aos parlamentos o poder de atuarem como árbitros do conflito constitucional. Mas a igualdade entre os poderes nega que tanto uma como outra operem como julgadoras do conflito. São possíveis duas conclusões: a) ou o soberano é externo aos três poderes, competindo a ele dirimir as controvérsias entre os poderes constituídos; ou b) a supremacia é dada a um dos poderes constituídos; nesse caso, é incorreto falar em igualdade entre os poderes, já que um deles prevalecerá. Contudo, ainda que não fosse uma teoria de igualdade, a supremacia judicial seria uma teoria de equilíbrio?

A teoria de equilíbrio proposta por Madison e Hamilton era significativamente diferente da teoria de Montesquieu. A ausência de força do judiciário, em Montesquieu, advinha de sua vinculação à lei. Os federalistas aboliram essa vinculação, ao permitir que o judiciário exercesse o controle de constitucionalidade das leis. A função judicial, em Montesquieu, não admitia que ninguém pudesse ser legislador e juiz, entretanto, é isso que faz o *judicial review* – cria juízes legisladores, o que violaria o princípio do *rule of law* e a separação de poderes, concebida pelos ingleses e por Montesquieu.

É necessário ressaltar que os federalistas, nos primórdios da república, outorgavam ao *judicial review* o poder de cassação da legislação, em termos semelhantes ao veto real, ou seja, os juízes não podiam estatuir a legislação, apenas impedi-la, cassá-la, anulá-la, quando, na opinião da corte, a lei violasse flagrantemente a constituição. Nesse sentido, a intenção dos federalistas não era diferente da intenção de Montesquieu. A corte era um tribunal conservador ou de prudência, como dizia Bickel. Porém, em Montesquieu, a liberdade é assegurada de duas maneiras. A primeira é pela execução da lei. Não existe liberdade quando alguém se exime de cumprir a lei; ela é imposta a todos. Mas o controle judicial de constitucionalidade, tendo como base a supremacia constitucional, exime os juízes de cumprirem a lei, quando eles a reputam inconstitucional. Como dizia Marshall, diante de um conflito entre a lei e a Constituição, deve ser aplicada a Constituição, mas são

os próprios juízes que determinam quando esse conflito existe. Não era assim que Montesquieu imaginava a função judicial. Mais: se o poder judiciário pode se eximir de dar execução à lei inconstitucional, porque sua tarefa é obedecer à constituição, então, no caso de conflito entre uma decisão judicial e a Constituição, executivo e legislativo deveriam cumprir a Constituição da mesma maneira. Essa é uma conclusão inegável do reconhecimento da supremacia constitucional, obrigando *todos os poderes* a obedecer à constituição prioritariamente. Mas quando todos os poderes fazem o que bem querem, cumprindo apenas aquilo que acreditam ser a interpretação correta sobre a constituição, instala-se a anarquia hermenêutica, consequência possível diante da faculdade dos poderes exercerem, igualmente, a interpretação constitucional. Nesse cenário, mais uma vez, a liberdade de Montesquieu seria violada, porque, se um poder pode violar a lei em nome da constituição, todos os outros também podem.⁴⁸⁷ A definitividade da decisão dos juízes, própria da supremacia judicial, vinculando os departamentos, resolve o risco da anarquia, mas não resolve a concentração de poderes que Montesquieu considerava indevida entre as funções legislativa e judicial, fazendo com que a anarquia fosse substituída pelo despotismo. Percebe-se, em Montesquieu, que o rei não está acima da legislação, ele não possui a faculdade de anulá-la, apenas de impedir a sua criação, ele não tem poderes, assim, de cassar os seus efeitos ou permitir que a lei continue em vigor, por sua conveniência. O *judicial review*, nesse sentido, concedeu aos juízes o poder de veto indeterminado, atemporal.

O segundo elemento importante para a liberdade de Montesquieu era a divisão do legislativo (ou a divisão da soberania) entre potências que fossem capazes de controlar-se e anular-se reciprocamente. Como essa engenharia era organizada? A assembleia podia estatuir, ordenar, o rei podia impedir, vetar. O poder executivo, por sua natureza já era limitado, o que não tornava o legislativo juiz do executivo. O legislativo podia verificar se as leis aprovadas por ele haviam sido executadas. Em tais casos, Montesquieu permitia que os ministros, conselheiros do rei, respondessem perante o Parlamento, mas o rei era sagrado. O poder executivo, portanto, podia participar da legislação, apenas se defendendo contra o legislativo, reprovando as propostas contrárias a seu interesse. O legislativo, porém, era completamente impedido de participar do executivo, O rei nunca poderia substituir sua

⁴⁸⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo III.

decisão pela decisão do Parlamento sem comprometer a liberdade. O Parlamento nunca poderia participar do executivo sem comprometer a liberdade.⁴⁸⁸

Os federalistas tentaram manter esse equilíbrio, fazendo com que o judiciário reforçasse o poder de veto do presidente, já que presidente seria mais frágil que o monarca. Entretanto, o ativismo judicial acabou com qualquer semelhança existente entre o *judicial review* nos primórdios da república e a teoria de equilíbrio de Montesquieu. O cerne do equilíbrio legislativo e sua divisão era possuir forças que se controlassem, impedindo que a legislação pudesse ser estatuída por uma só potência. Quando o judiciário deixa de atuar como legislador negativo, no controle de constitucionalidade e passa a atuar como legislador positivo, mudando o estado de coisas, statuindo, rompendo o *status quo*, a faculdade de ordenar acaba sendo imposta, sem que haja qualquer outra potência ou poder para lhe fazer contraponto.

Observa-se, assim, que a distinção do poder de estatuir e dispor, ao outorgar o veto absoluto ao rei ou aos juízes, ramos não representativos ou populares do governo, é fortemente repudiado para os defensores da soberania popular e da teoria da separação funcional dos poderes. Todavia, o ativismo não apenas sofre objeção da soberania popular como também da teoria do equilíbrio. Por isso, a supremacia judicial e o poder dos juízes em legislar, ordenando de maneira contrária ao *status quo*, por meio de suas decisões, ou como preferem designar, mutações constitucionais, rompem o postulado liberdade imaginado por Montesquieu e não se sustentam na perspectiva da separação de poderes equilibrada, da soberania popular ou da igualdade entre os poderes.

⁴⁸⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo VI.

3 UMA CONSTITUIÇÃO SALVA PELO PRÓPRIO POVO

3.1 O POVO COMO JUIZ CONSTITUCIONAL

A exigência do consenso entre os Três Estados Gerais na França nunca seria capaz de produzir as reformas que os revolucionários franceses almejavam. Sendo a teoria da separação de poderes equilibrada uma teoria conservadora, o poder de veto absoluto impediria qualquer modificação contrária aos interesses de uma das potências sociais, como a nobreza, por exemplo. O instituto do veto, portanto, detinha natureza conservadora, daí a razão pela qual Sieyès refutou a separação de poderes de Montesquieu ou Locke e defendeu a presença de um juiz constitucional para mediar o conflito.

A presença do povo como juiz constitucional, portanto, é uma ideia que nasce da sujeição do governo ao povo. Rompe o paradigma horizontal dos poderes e impõe a assimetria hierárquica, de baixo para cima, outorgando ao povo a autoridade não apenas de criar a constituição como também de fiscalizar a sua aplicação. Contudo, a noção de povo, como juiz constitucional, é traduzida em diferentes modelos teóricos sobre como a soberania popular deveria influenciar adequadamente os departamentos do governo. Uma das formas de empregar a prevalência do povo nas decisões do governo, por exemplo, é reconhecer a primazia do poder legislativo sobre o executivo e judiciário, impedindo que as leis sejam controladas por outros ramos do governo ou que, ao menos, havendo controle, o legislativo detenha a autoridade de manifestar-se definitivamente. Ambas são teorias de supremacia legislativa, mas, no caso do recurso ao legislador, há um misto de soberania popular e teoria equilibrada, com prevalência da primeira sobre a segunda.

Outra hipótese era defendida por Sieyès, que idealizou o poder constituinte, autoridade máxima da nação, como juiz último do conflito entre os poderes.⁴⁸⁹ A teoria da separação de poderes de Sieyès era radicalmente distinta não apenas de Montesquieu e Locke, mas também da teoria de James Madison. Se Madison imaginava um mecanismo de controle horizontal, realizado pelo *check and balances*, Sieyès imaginava que a igualdade

⁴⁸⁹ SIEYÈS. Emmanuel-Joseph. *A constituição burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?*, pp. 52-53.

entre os poderes demandaria um juiz que controlasse o exercício das funções do Estado. Esse juiz, inicialmente, não poderia ser o poder legislativo, executivo ou judiciário, mas a assembleia constituinte. Portanto, a perspectiva hierárquica da separação de poderes, ao proclamar a soberania popular, ou daria relevo aos ramos populares do governo ou designaria guardiões externos aos departamentos para fiscalizar a fidelidade dos poderes constituídos à constituição.

No decorrer de sua obra e de sua experiência como legislador na França, Sieyès teria mudado de opinião sobre quem seria o guardião adequado da constituição. Crítico da democracia, Sieyès, no primeiro momento, defendeu que a Constituição francesa deveria ser velada por representantes constituintes. A consequência dessa assunção era um modelo de supremacia legislativa na qual todo o controle do legislativo ordinário repousaria nas mãos dos eleitores, até que nova constituinte fosse convocada. Contudo, no decorrer do tempo, Sieyès acabou transferindo parte da autoridade constituinte a outros órgãos, como o júri constitucional e o senado conservador. A mudança de posição de Sieyès demonstra a dificuldade que repousa em delegar ao povo o poder final de interpretar a constituição e fiscalizar os poderes. O povo, portanto, poderia ser encarnado pela assembleia constituinte, pelo poder legislativo ou mesmo diretamente, por intermédio de plebiscitos e referendos. Tal constatação leva à conclusão de que dar ao povo o poder de criar ou mesmo vigiar a constituição implica em não apenas um, mas diversos instrumentos possíveis de controle popular.

Este capítulo discute os problemas relativos à adoção de uma teoria funcional de separação de poderes em que a soberania legislativa é indivisível; discute, ainda, os problemas da ausência do veto e o impacto na liberdade do povo, em especial da minoria, de uma teoria em que a autoridade popular não tem o poder para lhe fazer contraponto. Contudo, diferentemente dos capítulos anteriores, procura problematizar a separação de poderes e a tensão entre as teorias do equilíbrio e da soberania popular no contexto constitucional brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que previu o controle judicial de constitucionalidade das leis e designou o Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição, proclamou igualmente a soberania popular e designou os deputados federais como representantes do povo.

Para assim, compreender melhor as denúncias de violação à independência, autonomia ou a separação de poderes que envolva qualquer proposta legislativa que busque

instituir mecanismos populares de controle dos poderes executivo, legislativo e judiciário, clarificando a confusão conceitual entre equilíbrio e soberania popular.

3.2 INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES E RECURSO AO LEGISLADOR: QUEM É O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?

Em 2011, o deputado federal Nazareno Fonteles e outros parlamentares apresentaram a Proposta de Emenda Constitucional nº 33, que, dentre diversas medidas, como elevação do quórum para declaração de inconstitucionalidade de lei no plenário das cortes, estabelecia a possibilidade de revisão das declarações de inconstitucionalidade das emendas à constituição, por parte do Supremo Tribunal Federal:

Art. 102. ...

...

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

Dois mandados de segurança foram impetrados pelos deputados federais Carlos Sampaio e Roberto Freire no Supremo Tribunal Federal,⁴⁹⁰ requerendo o trancamento da tramitação legislativa da proposta, mas a cautelar foi indeferida, por ausência de *periculum in mora*. Diversos ministros do Supremo Tribunal Federal deram entrevistas, manifestando repúdio à proposta que elevava consideravelmente o quórum para quatro quintos. Todavia, a essência da crítica, tanto dos impetrantes quanto dos ministros, concernia à ofensa ao art. 60, §4º, inciso III, da Constituição Federal, por transgredir a separação de poderes e contrariar a autoridade da corte em interpretar a constituição. O Ministro Marco Aurélio chegou a denominar a medida de perniciosa, dizendo que “a última palavra não cabe ao setor político, cabe ao judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o

⁴⁹⁰ Cf. os mandados de segurança nº 32.036/DF e nº 32.037/DF.

Supremo”.⁴⁹¹ O Ministro Gilmar Mendes também criticou a proposta declarando que discussões semelhantes já haviam sido superadas pelo constitucionalismo mundial e completou sua frase lembrando a constituição outorgada de Getúlio Vargas:

Na nossa memória constitucional isso evoca coisas tenebrosas. Nós temos precedente na Constituição de 1937, chamada polaca, em que o presidente da República podia cassar decisões do Supremo e confirmar a constitucionalidade de leis declaradas inconstitucionais. Acredito que não é um bom precedente e que a Câmara vai acabar rejeitando isso.⁴⁹²

O Ministro Gilmar Mendes, provavelmente, fazia referência ao art. 96 da Constituição de 1937. Antes dele, na Constituição de 1934 e também nas Constituições 1946 e 1967, só existia a previsão do quórum de maioria absoluta para que as cortes declarassem a inconstitucionalidade da lei, todavia, a Constituição de 1937 previa que o Presidente poderia recorrer contra as declarações de inconstitucionalidade da corte ao Parlamento:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da república, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Ao invocar o período “tenebroso” da história brasileira, sobretudo devido ao golpe do Estado Novo e à inclinação de Francisco Campos, redator da constituição, pelos regimes ditatoriais, o Ministro Gilmar Mendes buscou incorporar o espírito ditatorial a PEC nº 33. Contudo, diversamente do que declarou o Ministro, a constituição polaca não conferia poder de cassação das decisões ao presidente. O presidente da república poderia tão somente requerer, em certas condições, que as decisões inconstitucionais fossem sujeitas a um novo procedimento deliberativo, no Parlamento, que teria competência para tornar sem efeito a decisão judicial.

⁴⁹¹ Cf. entrevista publicada no Conjur, escrita por Rodrigo Haidar. Ministros criticam submeter decisões do STF ao Congresso. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/ministros-criticam-pec-submete-decisoes-stf-congresso>. Acesso em: 15 abr 2017.

⁴⁹² Cf. entrevista publicada no Conjur, escrita por Rodrigo Haidar. Ministros criticam submeter decisões do STF ao Congresso. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/ministros-criticam-pec-submete-decisoes-stf-congresso>. Acesso em: 15 abr 2017.

Francisco Campos, jurista que a redigiu, escreveu especificamente sobre o parágrafo único do art. 96 indagando se sua redação despojaría o judiciário de uma prerrogativa essencial, a de decidir sobre a constitucionalidade das leis. Francisco Campos⁴⁹³ dizia que seu projeto não concedia à Câmara dos Deputados a prerrogativa de julgar a constitucionalidade de uma lei declarada inconstitucional, mas conferia ao Parlamento o poder de remover a inconstitucionalidade mediante nova votação da lei, equivalendo a emendar a Constituição, tornando-a compatível com a lei impugnada. Daí a cautela de exigir a iniciativa do presidente e o quórum de dois terços de cada casa. O autor ainda explicava que o controle de constitucionalidade não era um atributo do poder judiciário, mas da supremacia judicial, própria do modelo norte-americano. Crítico do conservadorismo das cortes, Campos acreditava que o controle de constitucionalidade era um mecanismo para permanência do *status quo*, do conservadorismo, da sujeição dos poderes de origem popular, permitindo que a independência dos juízes em relação à opinião pública não os compelsse a entrar no caminho das inovações ou reivindicações democráticas. Os juízes, dizia, não apenas por sua formação, mas por sua situação privilegiada junto à constituição, tenderiam naturalmente a manter a ordem de coisas estabelecida, de acordo com o princípio da filosofia conservadora. Assim, a ideologia conservadora teria encontrado no poder judiciário “o instrumento destinado a moderar ou inibir os ímpetos democráticos da Nação”.⁴⁹⁴ Para Francisco Campos, atribuir a um tribunal a faculdade de declarar o que é ou não constitucional implicaria, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular a própria Constituição:

Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que não se origina do povo, e que não se encontra sujeito à sua opinião, o mais eminente dos poderes, porque, precisamente, o poder que define os grandes poderes de governo e os grandes fins públicos a que este se destina. O controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do Governo, controle tanto mais obscuro quanto insuscetível de inteligibilidade pública, graças à aparelhagem técnica dialética que o torna inacessível à compreensão comum. A supremacia do Judiciário não é, pois, como procura fazer acreditar uma ingênua doutrina que atribui ao método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo, uma supremacia aparente. É, ao contrário, uma supremacia política, porque a função de interpretar, que redundará na de formular a Constituição, é a mais alta ou a mais eminente das funções políticas.⁴⁹⁵

⁴⁹³ CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*, p. 101.

⁴⁹⁴ CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*, pp. 102-103.

⁴⁹⁵ CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*, pp. 103-104.

O problema, dizia, é que o povo, em vez de controlar, passava a ser controlado por um poder de cuja formação o povo não participava, envolvido em uma técnica que somente seria acessível a especialistas, escapando do registro crítico da opinião popular. Só faria sentido atribuir ao poder judiciário a faculdade de interpretar final e conclusivamente a Constituição, se o método jurídico fosse de natureza puramente lógica ou dedutiva, de forma que a função judiciária limitar-se-ia apenas a tornar explícito o conteúdo da lei. Porém, essa hipótese contraria a realidade, já que o método jurídico não seria puramente lógico, nem o pensamento puramente objetivo. Nesse sentido, a modificação prevista no art. 96, parágrafo único, apenas recolocava a nação no controle do governo, submetendo-a ao juízo do povo, responsável por dar o pronunciamento definitivo sobre os fins do governo e da ordem pública. Finalizou declarando que seria mais acertado conferir os grandes poderes do governo a filosofia Nação que a filosofia dos juízes.

Ao dar a última palavra sobre a interpretação da constituição ao parlamento, e não ao judiciário, Francisco Campos acreditava estar dando a última palavra ao povo. A Constituição de 1937 foi uma carta outorgada de teor autoritário, mas é um erro supor que o autoritarismo da era Getúlio decorresse do princípio impresso no art. 96. Fosse isso verdade, o Canadá seria uma ditadura, por admitir que o Parlamento reafirmasse a autoridade de uma lei, ainda que considerada incompatível com a Carta por uma decisão judicial, como faz a seção 33 do *Constitutional Act* de 1982. Como ensinou Juan Carlos Bayón, no Canadá, o Parlamento pode decidir, pela mesma maioria requerida no procedimento legislativo ordinário, que uma lei considerada inconstitucional continuará em vigor por cinco anos, admitindo sucessivas renovações. Em sistemas assim, afirmou, os juízes tendem a adotar uma atitude de deferência perante o legislativo, sempre que a questão pareça duvidosa.⁴⁹⁶ E isso não é atributo de um estado ditatorial ou de um constitucionalismo ultrapassado, é apenas atributo de um constitucionalismo fraco em oposição à supremacia judicial.

Valeria, ainda, mencionar outro caso emblemático. No ano anterior à constituição Polaca, em 1936, Franklin Delano Roosevelt foi reeleito presidente dos Estados Unidos pelo partido democrata. A meta do presidente Roosevelt era implementar a política do *New Deal*,

⁴⁹⁶ O autor ainda menciona a dupla votação das legislaturas suecas para emendar a constituição, separadas por uma nova composição do Parlamento. Cf. BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitución*, p. 234.

enfrentando uma Suprema Corte conservadora, pautada nos princípios do *laissez faire*. A estratégia de Roosevelt para contornar a supremacia judicial consistia em aumentar a quantidade de juízes que compunham a Suprema Corte, revertendo o quórum a seu favor. O receio do Presidente era que qualquer modificação substantiva inserida na constituição americana acabasse por se submeter ao crivo do poder judiciário, de modo que tanto uma emenda como o corpo do texto constitucional, inevitavelmente, seriam interpretados a partir do ponto de vista dos juízes, ao invés de ser aquilo que os legisladores intencionavam com a reforma. Roosevelt, porém, reconheceu existir um grupo honesto de homens que acreditava que o processo de criação de uma emenda seria mais adequado para resolver o impasse com a Suprema Corte.⁴⁹⁷ Ele se referia ao Senador Burton Wheeler, que, apesar de ser democrata, tornou-se uma das principais vozes de oposição à Roosevelt e apresentou, junto com o Senador Homer Bone, uma resolução para propor o seguinte projeto de emenda constitucional:

Seção I. Na hipótese da Suprema Corte julgar inconstitucional qualquer Lei do Congresso ou qualquer disposição referente a tal Lei, a questão com relação à constitucionalidade da Lei ou do dispositivo será imediatamente submetida ao Congresso para avaliação na data praticável mais breve, na qual o Congresso estiver em sessão...; entretanto, nenhum ato deverá ser executado pelo Congresso sobre tal questão **até que uma eleição tenha sido realizada**, e na qual os Membros da Câmara de Representantes sejam escolhidos de acordo com a lei. Se tal Lei ou disposição for promulgada novamente, por dois terços de cada uma das Casas do Congresso, para as quais os Membros foram eleitos na referida eleição, tal Lei ou disposição será considerada constitucional e efetiva a partir da data da referida re-promulgação.⁴⁹⁸ (grifo nosso)

A proposta de Wheeler era parte de uma campanha para revigorar a soberania popular, colocando-a acima da Constituição e das leis, para que a decisão final de todas as questões estivesse no povo (Congresso). Para tanto, as declarações de inconstitucionalidade da Suprema Corte seriam devolvidas ao Congresso, que só poderia decidir após a realização de novas eleições. Sua intenção era conceder um tempo de amadurecimento para a deliberação de representantes e senadores, diante dos argumentos da Suprema Corte, e indagar se o povo desejaria manter ou rejeitar o dispositivo normativo controverso.⁴⁹⁹

É evidente, assim, a semelhança entre as propostas do democrata Burton Wheeler e o projeto de Francisco Campos, além de sua contemporaneidade. A diferença era que o

⁴⁹⁷ ACKERMAN, Bruce. Transformação do direito constitucional, p. 427.

⁴⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. Transformação do direito constitucional, pp. 421-422.

⁴⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. Transformação do direito constitucional, pp. 431-432.

recurso ao legislativo, no projeto de Campos, deveria ser encaminhado pelo presidente da república. No caso de Wheeler, esse encaminhamento era automático (a exemplo da PEC nº 33), além de exigir nova legislatura. Estaria Wheeler tentando contornar uma corte conservadora contrária ao *New Deal* ou estaria ele tentando implantar um regime ditatorial?

Entretanto, apesar do recurso ao legislativo ser empregado em alguns países livres e ter sido positivado constitucionalmente no Brasil, é interessante observar que, no Brasil, a prática é apontada como violadora do princípio da *independência* entre os poderes, ignorando o fato de que sua inspiração adveio de modelos constitucionais nos quais a separação de poderes se fazia presente. A pergunta é inquietante: que teoria da separação de poderes proibiria que o legislativo revisasse as decisões de inconstitucionalidade do Supremo, mas admitiria que o Supremo revisasse leis ou emendas aprovadas pelo legislativo? Por que a independência do poder legislativo não é afetada com a revisão judicial de constitucionalidade? A resposta é clara: ela afeta diretamente a independência do poder legislativo.

Quando um presidente da república ou um monarca veta uma lei aprovada pelo parlamento, ele está afetando a autonomia do poder legislativo em legislar, a não ser que se entenda que a sanção faz parte do legislativo, como ocorre no princípio do *king in Parliament* (circunstância que colocaria o executivo dentro do legislativo, mas que não mudaria a mitigação da autonomia do ramo popular). Nesse sentido, as razões que autorizariam o veto de inconstitucionalidade do presidente sobre as leis poderiam ser alegadas para sustentar o veto de inconstitucionalidade das leis pela corte constitucional. Entretanto, quando o Congresso Nacional derruba o veto do presidente, o Congresso não está exercendo a função executiva de forma alguma, ao contrário, está afirmando sua autonomia e independência em legislar. Da mesma maneira é incorreto concluir que, ao derrubar uma declaração de inconstitucionalidade do Supremo, o Congresso estaria ferindo a independência por exercer a judicatura. Isso não é verdade. A questão do recurso ao legislador não é de forma alguma uma questão de igualdade entre os poderes, nem de absoluta independência entre os poderes (que impediria qualquer espécie de veto e importaria a supremacia legislativa), pelo contrário, o controle de constitucionalidade (que antecede a volta da matéria ao legislador) já pressupõe a negação ou, ao menos, certa flexibilização da independência entre os poderes. Ele apenas transforma o veto absoluto dos juízes em um veto provisório, tal como transforma o veto absoluto do presidente em provisório, ao

admitir sua derrubada. Sob essa perspectiva, uma teoria de independência entre os poderes forte ou pura, ao invés de repudiar o controle legislativo sobre as revisões de inconstitucionalidade judiciais, repudiaria a possibilidade de invalidação das leis pelo judiciário ou pelo executivo, já que o veto seria uma ação admitida apenas pela separação equilibrada ou moderada de poderes.

Ante o exposto, as alegações de autoritarismo ou de violação à independência entre os poderes não serviriam para justificar a inconstitucionalidade de uma emenda que desse ao legislador (fosse o Congresso, legislador indireto, ou o povo diretamente) o poder de derrubar os vetos do poder judiciário em face de uma emenda ou mesmo uma lei inconstitucional. Nesse sentido, não haveria sequer violação à independência entre os poderes, se a proposta de emenda à constituição estabelecesse o recurso ao legislador, não apenas em relação ao controle material de emendas, como também alterasse a disciplina do art. 102, permitindo o recurso ao legislador no caso de controle das leis e atos normativos federais.

Restaria, assim, analisar o argumento dogmático constitucional levantado pelo Ministro Marco Aurélio, no qual competiria ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra constitucional, ao ser escolhido, nos termos do art. 102 da Constituição Federal, o guardião da constituição.

A supremacia que concede a qualquer um dos poderes constituídos a autoridade última sobre matéria constitucional desobedece, como entende Sieyès e sua teoria do poder constituinte, a igualdade entre os poderes, já que nenhum deles têm autonomia para falar em nome do povo. Para Sieyès, só a assembleia constituinte teria autoridade para falar pelo povo, todavia, Sieyès não explicava como as disputas constitucionais entre os poderes constituídos seriam resolvidas, ou melhor, a conclusão é que, não havendo quaisquer mecanismos de controle de constitucionalidade, o único instrumento de verificação de compatibilidade entre as leis e a constituição seria a opinião pública, por meio das eleições, até que nova constituinte seja convocada. Assim, a supremacia legislativa em Sieyès não significava autonomia do legislativo constituído, obrigado a atuar nos termos previstos na constituição, mas apenas ausência do controle executivo e judicial.

Ao existir dois legislativos, um constituinte e soberano e outro constituído e não soberano, seria possível imaginar que o constituinte optasse em escolher um dos poderes para ser intérprete de sua vontade, falando em seu nome, fosse como intérprete único,

fosse como intérprete final. A questão, portanto, seria apenas obedecer àquilo que foi definido pelo constituinte, que escolheu um poder constituído específico, investindo-o de autoridade para dirimir as controvérsias entre os poderes. Logo, o argumento seria de ordem dogmática – é guardião da constituição (entendido como árbitro) aquele que foi escolhido pelo soberano. Quando questionada, por exemplo, a legitimidade democrática das cortes ou do parlamento, a resposta seria: “É assim que está na constituição”. Como o constituinte é ilimitado, ele pode optar pelo árbitro que quiser. Pode ser um monarca, um presidente, um parlamento, um corpo de juízes, um referendo popular, qualquer pessoa ou instituição, independentemente de existir ou não controle popular de suas decisões. Como o constituinte institui qualquer governo, ele pode escolher qualquer um dos poderes para exercer supremacia sobre os demais, sendo que a própria separação das funções não precisaria ser obrigatoriamente observada, embora Rousseau, como teórico da soberania popular, tenham defendido que a vontade geral manifesta a soberana competência em legislar, sendo todo o governo poder executivo.

O argumento do Ministro Marco Aurélio parece recorrer ao raciocínio dogmático. Não importa se há ou não *accountability* eleitoral, o fato é que o constituinte elegeu o Supremo Tribunal Federal como seu guardião, permitindo que ele realizasse o controle de constitucionalidade das leis. A autoridade de guardião constitucional, invocada pelo Ministro Marco Aurélio, provavelmente encontraria apelo na redação do art. 102 da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, autorizando expressamente o controle judicial de constitucionalidade judicial das leis e atos normativos federais e estaduais.

O problema é que dificilmente a constituição, sobretudo nos países onde existe a separação de funções, concentra toda a autoridade hermenêutica em um único órgão. A Constituição Federal de 1988 é repleta desses exemplos. Ele reconhece que o Senado Federal e a Câmara dos Deputados possuem competências que lhes são privativas (arts. 51 e 52), razão pela qual o Supremo Tribunal Federal não pode ser instância recursal ou substitutiva, por exemplo, dos crimes de responsabilidade. É importante, portanto, reconhecer que existe uma diferença enorme entre afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem poder para exercer o controle de constitucionalidade das leis e afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem autoridade para decidir qualquer questão constitucional. A Constituição Federal só trata do primeiro caso, especificando em diversos incisos a

organização dos poderes e as matérias que podem ser submetidas à apreciação da corte, mas, como bem disse James Madison, “meras disposições constantes na constituição escrita não são suficientes para manter os diversos departamentos dentro de seus limites legais”.⁵⁰⁰

É claro que seria possível suscitar que a última palavra sobre qualquer controvérsia constitucional decorreria da expressão “guarda” descrita no *caput* do art. 102. Seria, entretanto, necessário concordar que o Supremo Tribunal Federal não foi o único guardião escolhido pelo constituinte, não apenas por descrever outras competências reservadas, mas pelo fato da constituição expressamente afirmar, no art. 23, inciso I, que compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios zelar pela “guarda” da Constituição, das leis e das instituições democráticas.

Um dos casos mais emblemáticos de delegação da autoridade constituinte, entendida aqui como autoridade para falar em nome do povo, ocorre com o poder de emendar a constituição. A teoria do poder constituinte derivado pressupõe que até mesmo o poder de emendas precisa ser exercido nos limites do poder constituinte originário, sendo esse último superior. A Constituição de 1988, em lugar algum, determina que o Supremo Tribunal Federal pode alterar a constituição ou é competente para declarar nula as emendas inconstitucionais, quando abolirem cláusulas pétreas. Todo o fundamento que tem legitimado o controle das emendas por parte do judiciário surge de uma interpretação do art. 60, §4º, da constituição, que veda a deliberação de propostas que tendam a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Mas o que determinou exatamente o constituinte de 1988? Impossibilitou que o Congresso, ao exercer o poder de emenda, revogasse partes essenciais do texto constitucional. Afirmou que apenas a assembleia nacional constituinte seria soberana para revogar cláusulas pétreas, retirando do legislador constituído qualquer possibilidade de reforma. O problema é que o constituinte de 1988 incorreu na mesma omissão das três primeiras constituições francesas, constatada por Albert Dicey,⁵⁰¹ e da constituição norte-americana. Ele não disse como a controvérsia seria solucionada caso o legislador constituinte derivado fosse insolente e não há qualquer

⁵⁰⁰ “Mere declarations in the written constitution, are not sufficient to restrain the several departments within their legal limits”. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 49.

⁵⁰¹ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 125

disposição no art. 102 ou no art. 60 que afirme que competiria ao Supremo Tribunal Federal colocar as rédeas no Congresso e obrigá-lo a obedecer ao texto constitucional.

É salutar esclarecer que não se trata aqui de questionar se é possível ou não abolir cláusulas pétreas. Pelo texto constitucional, esse poder não foi dado a nenhum dos poderes constituídos.⁵⁰² A questão é *quem* fiscaliza a insubordinação legislativa, quando a constituição não prescreve o juiz do conflito. Quando o Supremo Tribunal Federal afirma que essa competência é sua, ele deixa de agir como um dos poderes constituídos e mero “guardião” da constituição e passar a agir como constituinte, já que não há previsão constitucional de como esse conflito deveria ser solucionado, inexistindo resposta dogmática para esse dilema. A corte age como soberana.

O problema do intérprete final da constituição, portanto, não é um problema de dogmática constitucional. Vários órgãos e poderes podem ter autoridade para interpretar a constituição. O Senado pode ser a única autoridade competente para decidir sobre *impeachment*. Contudo, em que circunstâncias poderia o Supremo Tribunal Federal rever as decisões do Senado sobre esse assunto, criando exceções, procedimentos de observação obrigatória, etc? Quando a presidente Dilma Roussef foi cassada, o Senado Federal recusou-se a dar cumprimento ao disposto no art. 52, parágrafo único da Constituição Federal, condenando-a a perda do cargo, mas não aplicando a segunda parte da pena, qual seja, a suspensão dos direitos políticos por oito anos. Essa decisão poderia ser revisada pelo Supremo Tribunal Federal?

Schmitt disse que o soberano não decide apenas na exceção (como no caso no controle das emendas), mas também decide quando uma situação é ou não exceção. Isso significa que se é o Supremo Tribunal Federal aquele que determina os limites de atuação constitucional do Senado, ainda que o Senado seja a autoridade competente para decidir, sua atuação decorre da interpretação que o Supremo Tribunal Federal faz da competência do Senado, tendo a poder de ser deferente, alterar ou modificar essas barreiras. Essa é uma questão de poder, de autoridade, não de dogmática.

Qual o problema disso? Nenhum. Só existirá problema para quem acreditar que, no Brasil, o soberano é o povo e não o Supremo. Albert Dicey, por exemplo, acreditava que, na Inglaterra, soberano era o Parlamento e não o povo inglês. Diferente de John Locke, que

⁵⁰² A não ser que houvesse a chamada dupla revisão, que também é considerada inconstitucional para autores como Canotilho. Cf. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 56.

defendia uma legislatura suprema, mas limitada, Dicey afirmou que o princípio da soberania parlamentar outorgaria ao Parlamento a faculdade de fazer ou desfazer qualquer lei, sendo que nenhuma pessoa ou corpo poderia superar ou afastar sua legislação. Ele foi ainda mais categórico ao explicar que o Parlamento titulariza a absoluta autoridade legislativa, não sendo depositário ou fideicomissário da vontade dos eleitores. O povo, explicou, seria a parte mais importante dessa soberania, mas não se confundiria com ela, porque a soberania seria composta pela vontade dos eleitores (Câmara dos Comuns) em conjunto com a coroa e os Lordes. O que faz o governo representativo é extinguir ou diminuir a divergência entre os limites externos (oposição do povo ao governo) e o poder soberano.⁵⁰³

O problema da soberania do judiciário, como juiz constitucional de exceção, é que ele não se sujeita à vontade do povo e nem dele se origina. Isso é um problema nos governos representativos em que a soberania popular exige que o controle do governo esteja colocado nas mãos do povo. Mesmo no caso inglês, em que Dicey ponderou não ser o povo soberano, a Câmara dos Comuns acabaria possuindo um papel de relevo na condução do governo, por causa de seu *pedigree* representativo. Só que a constituição brasileira, diferente da Inglaterra, não diz que o Parlamento, composto por outros órgãos não representativos, é soberano, antes disso, ela reafirma no art. 1º, parágrafo único que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Ela consagra a soberania popular e afirma que sua soberania será exercida por seus representantes eleitos ou pelo próprio povo diretamente. O art. 45 é ainda mais claro ao afirmar que os deputados federais são os representantes do povo. Nem o presidente da república nem os senadores, apesar de serem eleitos, recebem essa designação constitucional, seguindo uma tradição inglesa e americana da *House of Commons* e da *House of Representatives*. A lógica constitucional, portanto, é que diante de uma omissão constitucional, quem decide é povo, titular da soberania, ou, talvez, aquele que exerce em seu nome o poder. A pretensão dos juízes em se autodesignarem representantes do povo brasileiro não se confirma na perspectiva dogmática, nem na perspectiva teórica do governo representativo, pela ausência de *accountability* e de autorização eleitoral, como já foi tratado anteriormente. Reputar que os juízes poderiam

⁵⁰³ DICEY, Albert Venn. *Introduction do the study of the law of the constitution*, pp. 38, 68-80.

representar o povo brasileiro seria como considerar que um monarca pudesse fazê-lo, substituindo sua decisão pela decisão do Parlamento.

Não obstante, duas réplicas seriam possíveis a essa constatação. A primeira é que não haveria sentido dar ao legislativo a autoridade para decidir sobre sua própria insubordinação constitucional, caso ele resolvesse editar emendas inconstitucionais. O argumento reproduziria as alegações de Marshall sobre a necessidade judicial do controle de constitucionalidade. A resposta, portanto, seria a mesma, ou seja, a solução não seria alcançada com a mera substituição da insubordinação legislativa pela insubordinação judicial, já que não seria possível impedir que o Supremo emitisse decisões insubordinadas, com o agravante dos juízes não serem eleitos. A segunda réplica é que a parte final do art. 1º, parágrafo único, ao proclamar a soberania do povo, poderia ter condicionado tanto às consultas diretas como os seus representantes aos termos estabelecidos constitucionalmente. A conclusão é que nem os plebiscitos populares nem os representantes eleitos do povo estariam autorizados a resolver os conflitos constitucionais, exigindo que houvesse a convocação da constituinte e do poder originário, nos termos de Sieyès. Os itens seguintes dedicam-se ao estudo desse argumento e discutem se o legislativo, representado pelo Congresso Nacional, o povo, por plebiscitos ou referendos, ou se as assembleias constituintes são competentes para dirimir o conflito entre os poderes.

3.3 O POVO, DIRETAMENTE, E SEUS REPRESENTANTES: DUAS FORMAS DE EXPRESSÃO DA SOBERANIA POPULAR

A PEC nº 33/2011 e o art. 96 da Constituição de 1937 guardam uma distinção substantiva entre si. A proposta de emenda à constituição não estipulava que o Congresso Nacional decidiria o dilema entre os dois poderes, mas previa a convocação de um referendo do povo como forma de solução do impasse constitucional. Essa estratégia serviria como solução constitucionalmente adequada, conservando a soberania popular? Sieyès acreditava que a nação, por ser um corpo coletivo disperso, instituía o governo representativo para dar ação à sua vontade. A delegação, portanto, da soberania popular às assembleias constituintes nacionais decorreria da impossibilidade fática de grandes multidões deliberarem sobre a criação do governo, apesar de acreditar que nada estaria acima da

nação.⁵⁰⁴ Seria correto, assim, concluir que a representação seria um remédio diante da impossibilidade de o povo legislar diretamente, como queria Rousseau.

Nesse sentido, a maneira mais significativa de expressão da vontade geral seria a expressão do conjunto de cidadãos diretamente, mas, quando se trata de criar uma constituição, seria indispensável a eleição de um grupo mais restrito de pessoas. Isso porque as consultas populares, normalmente, são estabelecidas em termos singelos, em binômios ou poucas alternativas, sendo impossível submeter ao debate popular qualquer problema em toda sua plenitude. Diante dessa restrição procedimental, própria dos mecanismos plebiscitários, seria possível dizer que as manifestações diretas do povo acerca da constituição seriam as manifestações soberanas ou elas estariam também limitadas por uma assembleia de representantes eleitos do povo, reunidos em uma constituinte, sujeitando-se, assim, à limitação dos outros poderes?

Gilberto Bercovici⁵⁰⁵ afirmou que o poder constituinte é manifestação da soberania e sua titularidade deve corresponder ao titular da soberania. O poder constituinte poderia ser pensado em termos diretamente fáticos, sendo exercido diretamente pelo povo em sua totalidade e sem intermediários, que criaria uma constituição para si e permaneceria “como instância decisiva para a manutenção, alteração ou substituição da constituição, instituindo, segundo Müller (1995), uma democracia plebiscitária sem restrições”⁵⁰⁶, ou seria exercido apenas mediatamente. Bercovici chega a citar a teoria radical de Klaus Von Beyme na qual o poder constituinte seria apenas mediato, apesar de reconhecer a ficção existente em identificar o povo na assembleia constituinte, concluindo que toda constituição teria uma origem oligárquica.⁵⁰⁷ Duas alternativas, portanto, poderiam surgir como formas de expressão da soberania popular: a consulta direta, realizada por plebiscitos e referendos, e a consulta indireta, expressa na eleição de representantes constituintes.

A PEC nº 33/2011 recorre à primeira alternativa e acredita que o referendo seria o meio apto de resolução do conflito entre os poderes a respeito da interpretação constitucional. Devido a sua natureza, o referendo não é capaz de ser propositivo, mas ao menos é capaz de dirimir a controvérsia, ao escolher aquele que, no entender da maioria do

⁵⁰⁴ Exceto o direito natural.

⁵⁰⁵ BERCOVICI, Gilberto. *O poder constituinte do povo no Brasil*, p. 306.

⁵⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto. *O poder constituinte do povo no Brasil*, p. 307.

⁵⁰⁷ Para Bercovici, o problema brasileiro residiria no fato de a soberania popular no Brasil ser bloqueada, não tendo sido capaz de vencer o patrimonialismo e o aparelhamento do poder estatal. Cf. BERCOVICI, Gilberto. *O poder constituinte do povo no Brasil*, p. 307, 318-320.

eleitorado, possui a melhor⁵⁰⁸ interpretação da constituição. Portanto, a solução para a anarquia deliberativa e para o conflito entre diferentes pontos de vista dos poderes constituídos acerca do significado da constituição seria dada apenas pelo povo, por referendo. A segunda alternativa toma a teoria de Sieyès como base e a radicaliza para chegar à conclusão de que apenas a assembleia constituinte poderia dirimir esse conflito e nem mesmo os referendos e plebiscitos seriam soberanos para alterar, confirmar, modificar ou decidir questões sedimentadas pelo poder constituinte originário.

Conclui-se, com essa exposição, que a soberania popular, ainda que articulada assimetricamente e comprometida em concretizar a vontade do povo, exige a definição de um caminho de expressão popular. Na perspectiva dos teóricos do governo representativo, as assembleias eleitas canalizariam adequadamente os anseios populares, diferente das decisões diretas do povo, que, de acordo com Rousseau, constituiriam a única maneira legítima de manifestação da soberania popular.

Contudo, desde já, é importante lembrar que as duas soluções possíveis do povo como juiz constitucional, por assembleia ou consulta direta, recorrem a medidas hierárquicas e assimétricas. Em um sentido horizontal, a fiscalização deveria ser realizada pelos próprios poderes executivo, legislativo e judiciário. Como defendia James Madison, o desequilíbrio deveria ser corrigido internamente pelos poderes constituídos e não pelo recurso a medidas externas.⁵⁰⁹

3.3.1 O recurso a assembleias extraordinárias

Tão logo surgiram as primeiras constituições escritas, apareceram com elas tentativas de controle dos poderes constituídos, visando assegurar o cumprimento das normas constitucionais e o exercício limitado de cada um dos departamentos. Esses mecanismos não se confundiam com o modelo do *check and balances* e preferiam delegar o controle dos poderes a uma instituição externa, em vez de confiar em medidas de controle recíproco. O mais antigo talvez remonte à Constituição da Pensilvânia de 1776, promulgada pouco depois da independência dos Estados Unidos, que instituía na seção XLVII um conselho de censores, eleitos a cada sete anos, para verificar se a constituição estava sendo

⁵⁰⁸ Como melhor interpretação, leia-se a mais popular.

⁵⁰⁹ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 51.

violada pelos departamentos do governo e se os poderes legislativo e executivo haviam cumprido seus deveres como guardiões do povo.⁵¹⁰ A outra proposta de assembleia guardiã, semelhante ao conselho de censores, foi sugerida por Sieyès para a convenção de 1795 e denominada de júri constitucional, sendo composta por 108 membros eleitos e projetada para atuar de maneira contínua. A proposta de Sieyès foi rejeitada, mas outra semelhante foi concretizada com o senado conservador, instituído na Constituição francesa de 1799.

Havia aspectos diferenciadores em cada uma das três propostas. O conselho de censores basicamente recomendava ao legislativo a revogação de leis contrárias aos princípios da constituição, realizando censuras e iniciando processos judiciais contra agentes públicos considerados culpados, o que levou Kenneth Gertney a concluir que a Constituição da Pensilvânia não previu mecanismos que dessem ao conselho o poder de executar suas recomendações.⁵¹¹ Por outro lado, o júri constitucional e o senado conservador detinham a autoridade de declarar a nulidade dos atos julgados inconstitucionais. O conselho de censores era uma instituição de funcionamento temporário, o júri constitucional e o senado conservador atuavam continuamente. Os membros do conselho de censores e do júri constitucional exerciam suas funções por um mandato limitado, enquanto que os oitenta membros do senado conservador eram inamovíveis e vitalícios. Detinham em comum, porém, a natureza fiscalizatória e controladora, atuando como guardiões constitucionais

⁵¹⁰ SECT. 47. *In order that the freedom of the commonwealth may be preserved inviolate forever, there shall be chosen by ballot by the freemen in each city and county respectively, on the second Tuesday in October, in the Year one thousand seven hundred and eighty-three, and on the second Tuesday in October, in every seventh year thereafter, two persons in each city and county of this state, to be called the COUNCIL OF CENSORS; who shall meet together on the second Monday of November next ensuing their election; the majority of whom shall be a quorum in every case, except as to calling a convention, in which two-thirds of the whole number elected shall agree: And whose duty it shall be to enquire whether the constitution has been preserved inviolate in every part; and whether the legislative and executive branches of government have performed their duty as guardians of the people, or assumed to themselves, or exercised other or greater powers than they are intitled to by the constitution: They are also to enquire whether the public taxes have been justly laid and collected in all parts of this commonwealth, in what manner the public monies have been disposed of, and whether the laws have been duly executed. For these purposes they shall have power to send for persons, papers, and records; they shall have authority to pass public censures, to order impeachments, and to recommend to the legislature the repealing such laws as appear to them to have been enacted contrary to the principles of the constitution. These powers they shall continue to have, for and during the space of one year from the day of their election and no longer: The said council of censors shall also have power to call a convention, to meet within too years after their sitting, if there appear to them an absolute necessity of amending any article of the constitution which may be defective, explaining such as may be thought not clearly expressed, and of adding such as are necessary for the preservation of the rights and happiness of the people: But the articles to be amended, and the amendments proposed, and such articles as are proposed to be added or abolished, shall be promulgated at least six months before the day appointed for the election of such convention, for the previous consideration of the people, that they may have an opportunity of instructing their delegates on the subject.*

⁵¹¹ Cf. GERTNEY, Kenneth Charles. *The council of censors in Pennsylvania*, pp. 65-66.

externos aos três poderes constituídos, ao mesmo tempo em que asseveravam a unidade interpretativa da constituição em uma única instituição externa. A diferença, portanto, entre esse modelo de corte, júri ou conselho constitucional e os modelos de supremacia legislativa ou judicial seria sua posição de afastamento em relação aos poderes constituídos.

Dois motivos poderiam ser dados para justificar a existência de um órgão de controle externo sobre a conduta dos departamentos: a) o controle constitucional não poderia ser exercido por nenhum dos poderes constituídos, exigindo um órgão imparcial; e b) o controle só poderia ser realizado por delegados eleitos pelo povo, atuando com uma autoridade diferente da autoridade constitucional dos três departamentos. Todavia, há quem tenha visto a segunda razão incompatível com a primeira, sendo impossível a coexistência de um órgão imparcial que fosse igualmente eletivo.

James Madison foi um dos primeiros autores a criticarem o conselho de censores da Pensilvânia. Para ele, o conselho de censores não funcionou (sendo dissolvido em 1790) porque diversos membros do legislativo e executivo acabavam por integrar o conselho, ora apoiando ou reprovando as medidas que eles próprios haviam tomado. Além disso, o conselho reproduzia as mesmas divisões partidárias pré-existentes, fazendo com que suas decisões fossem regidas pela razão e não pelo sentimento do bem comum, e nem mesmo a exclusão de candidatos com vínculo anterior resolveria o problema já que qualquer eleito acabaria envolvido por grupos pertencentes aos partidos interessados. Madison ainda afirmou que, em diversas ocasiões, o conselho de censores havia constatado os desvios do legislativo, mas o legislativo os havia ignorado.⁵¹² A crítica de Madison, portanto, era estruturada em duas ordens. A primeira, menor, consistia em denunciar que o caráter eletivo da assembleia admitia que vários membros responsáveis pela edição do ato acabassem sendo juízes de si mesmos. A segunda partia do pressuposto de que a imparcialidade ainda seria comprometida, mesmo que seus integrantes não tivessem vínculos anteriores com os departamentos, em virtude da natureza necessariamente partidária das eleições. Esses vícios, portanto, seriam próprios de assembleias eleitas.

A diferença entre Sieyès e Madison não poderia ser clara. Aquilo que um vê como solução – uma assembleia eleita, é visto como um problema para o outro. A hierarquia entre a norma constitucional e as leis ordinárias, oriundas da diferenciação entre o poder

⁵¹² MADISON, James. *Federalist papers*, nº 48 e 50.

constituinte e o poder constituído, levaram Sieyès a ver nas eleições um caráter muito mais benéfico.

Durante a assembleia de 1789, foi discutida e aprovada a possibilidade de veto real aos projetos de lei aprovados pela assembleia legislativa ordinária. O controle do rei, como forma de limitação ao legislador, nos termos da monarquia constitucional inglesa e da teoria de equilíbrio entre os poderes, foi duramente criticado por Sieyès.⁵¹³ Em um discurso dirigido à assembleia, Sieyès tentava convencer seus pares de que, na monarquia inglesa, não havia distinção entre poder constituinte e constituído, por isso, o poder de prerrogativa, expresso no veto e na dissolução do Parlamento, eram instrumentos para controlar um legislador ilimitado. Mas isso não acontecia na França, onde vigorava um princípio constitucional que negava o poder constituinte à legislatura ordinária ou ao poder executivo. No caso do poder judiciário, a cena poderia parecer ainda estapafúrdia, sabendo que as constituições francesas expressamente vedavam os tribunais de intrometerem-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis. As assembleias ordinárias eram proibidas, dizia Sieyès, de tocar qualquer parte da Constituição (não sendo nesse momento sequer concebido um poder constituinte derivado que permitisse que as assembleias pudessem alterar o texto constitucional). Caso fosse imprescindível mudar a constituição, seria feita por uma Convenção convocada para esse fim, sendo imutáveis as atribuições de cada poder até que uma nova Convenção Nacional fosse invocada. O controle do veto real, portanto, podia ser necessário na Inglaterra, mas era inútil na França, pois era impossível que um corpo legislativo ordinário, limitado pela Constituição, pudesse ofender os poderes do monarca.

Sieyès não era ingênuo em crer que um poder sempre se autolimitaria dentro dos limites prescritos na constituição, mas, diferentemente dos federalistas, acreditava que os ataques do executivo ao legislativo eram mais prováveis do que o oposto. Aceitava que esse mal pudesse ser praticado por qualquer um dos poderes, contudo, a defesa deveria ser a mesma para todos, em vez de se conceder o veto a apenas um deles. Quando um dos poderes quisesse ignorar a separação de funções e colonizar o outro, gerando desordem, o remédio não seria a cassação, a insurreição ou o veto real, já que os remédios seriam pior do que o mal. Sendo o povo a verdadeira vítima, a saída seria prevenir que o povo se tornasse

⁵¹³ Cf. SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre 1789.*

vítima. Os meios seriam demandar a delegação extraordinária do poder constituinte, considerando a Convenção o único tribunal em que causas dessa natureza poderiam ser trazidas, já que esse tipo de veto, pelo menos, seria imparcial, diferente do veto real:

Je dis donc, que puisqu'il est possible que les Pouvoirs publics, quoique séparés avec soin, quoique indépendans les uns des autres dans leur organisation & dans leur prérogative, entreprennent néanmoins l'un sur l'autre, il doit se trouver dans la Constitution Sociale un moyen de remédier à ce désordre. Ce moyen est tout simple. Ce n'est point l'*insurrection*, ce n'est point la *cessation des impôts*, ce n'est pas non plus le *veto Royal*. Tous ces remèdes sont pires que le mal; **c'est le Peuple qui en est toujours la véritable victime, & nous devons empêcher le Peuple d'être victime; le moyen que nous cherchons consiste à réclamer la délégation extraordinaire du Pouvoir Constituant.** Cette convention est en effet l'unique Tribunal où ces fortes de plaintes puissent être portées. Cette marche paraît si simple & si naturelle, tant en principe qu'en convenance, que je crois inutile d'infléter davantage sur ce véritable moyen d'*empêcher* qu'aucun des Pouvoirs publics n'empiète sur les droits d'un autre. On remarque sans doute qu'au moins cette espèce de *veto* est *impartial*; je n'en fais pas un privilège exclusif pour les Ministres, il est ouvert, comme il doit l'être, à toutes les parties du Pouvoir public.⁵¹⁴ (grifo nosso)

Sieyès, portanto, asseverou, nesse discurso, que a parte injuriada tem o direito de apelar ao poder constituinte, pela convocação ou delegação nacional (reforçando que em países politicamente organizados, essa convocação seria pacífica). Para Sieyès, cada poder deveria limitar-se a suas funções e deveria cumpri-las com zelo e sem demora. O argumento de que o legislador estaria errado não o teria convencido, inicialmente, porque o veto, além de prorrogar o cumprimento da lei, não evitaria que o rei também estivesse errado, segundo, porque, se fosse para considerar quem teria a maior chance de acerto, por ser um órgão coletivo e estar sob influência do povo, essa balança penderia para o legislativo e não para um departamento hereditário e inamovível, não compreendendo a obsessão de uns se preocuparem tanto com o legislativo, quando o risco maior de tirania residiria no monarca. Sieyès, portanto, acreditava que dois mecanismos seriam capazes de conter o legislador ordinário insubordinado: o poder constituinte e a renovação do poder legislativo, por meio das eleições.⁵¹⁵ As assembleias constituintes eram imparciais por serem árbitras localizadas à margem dos poderes executivo e legislativo.

⁵¹⁴ Foram mantidos os caracteres originais, adotando o f no lugar do s. SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre*, Paris, Assemblée Nationale, 1789, p. 22.

⁵¹⁵ "Quand on voudra bien ne pas perdre de vue qu'il ne s'agit pas d'exercer le Pouvoir constituant (ce Pouvoir, à la vérité, exigeroit, à chaque session, un renouvellement total de ses Membres), mais qu'il s'agit seulement de décréter les Lois & les Règlements nécessaires au maintien journalier de la liberté, de la propriété, de la sécurité, & de surveiller la recette & la dépense des deniers publics; on se convaincra sans doute que le renouvellement des Députés peut, sans danger, être partiel, & se faire annuellement par *tiers*, de sorte qu'il y ait toujours un tiers des Membres avec l'expérience de deux ans, un tiers avec les lumières d'une année de travail, & enfin un nouveau tiers arrivant annuellement des Provinces, pour entretenir toujours le Corps législatif des besoins &

Do exposto, se imparcialidade na resolução do conflito entre os poderes era encontrada em um corpo eletivo extraordinário, para Sieyès, em Madison, o partidarismo próprio das eleições implicava na parcialidade do guardião constitucional.

Pierre Rosanvallon desenvolveu com maior clareza os motivos que teriam levado Madison a relacionar eleição a partidarismo e partidarismo a parcialidade. Disse Rosanvallon que o conselho de censores da Pensilvânia era um órgão semelhante a corte constitucional, com a particularidade de ser um órgão eleito, em condições idênticas ao parlamento. Na época, sua iniciativa havia sido aplaudida por todos os democratas, tanto da Europa como dos Estados Unidos, mas apesar disso, o conselho nunca foi capaz de cumprir seu papel de guardião, porque a eleição de seus membros reproduzia dentro dele os conflitos parlamentares, replicando as turbulências políticas e, com isso, perdia sua legitimidade e utilidade. O problema, segundo Rosanvallon, decorria de sua composição eletiva. Esse mesmo problema teria sido a causa do insucesso do Tribunato francês, instalado na Constituição do Ano VIII, composto por uma assembleia eleita que não exercia uma função representativa propriamente dita, mas de controle administrativo, regulação normativa e intervenção na ordem constitucional. Desde logo, Napoleão acusava o tribunato de não ser mais do que uma guarita de opositores e, ressalvadas as colocações de Benjamin Constant ou Roederer, Rosanvallon acreditava que o tribunato não tinha sido capaz de diferenciar a oposição partidária e o papel institucional, fazendo com que sua legitimidade institucional fosse minada por sua consagração eleitoral.⁵¹⁶

Existia uma confusão, segundo Rosanvallon, entre legitimidade eleitoral e funcional. Uma instituição do tipo judicial deveria encarnar estruturalmente uma forma de reflexibilidade e imparcialidade à distância de qualquer inscrição partidária, não devendo ser confundidos esses conceitos. Rosanvallon caracterizou, assim, duas espécies de eleições: a eleição pura e a eleição partidária. A eleição pura era um mecanismo de escolha popular de uma autoridade consagrada apenas pela confiança em uma pessoa e, consequentemente, em uma instituição; a eleição partidária implicava o enfrentamento de interesses ou ideias entre pessoas que competiam por pontos de vistas antagônicos. Na primeira existiria nomeação prévia, uma confirmação, limitando-se a atestar a confiança; na segunda, o

des dernières Opinions du Peuple". Cf. SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre 1789*.

⁵¹⁶ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*, pp. 220-225.

candidato se determinaria espontaneamente da coletividade, dentro de um contexto competitivo.⁵¹⁷

O raciocínio de Rosanvallon, basicamente, consistia em considerar que Sieyès e outros autores, como Jeremy Waldron, confundiam a eleição politizada, própria dos mecanismos de composição de assembleias eletivas, com a eleição constituinte (de confiança). A eleição que normalmente ocorria para a escolha de representantes de uma assembleia prejudicaria a credibilidade e a confiança outorgada a instituições dessa natureza, que precisariam se estabelecer mediante suas qualidades, não por sua legitimidade. A perda da confiança na Suprema Corte, por exemplo, não decorria de sua composição aristocrática, mas da sensação de que a instituição é menos objetiva, técnica, e mais partidária, perseguindo finalidades ideológicas. Os problemas, portanto, de uma corte politicamente ativista não eram solucionados com a eleição dos juízes, mas por intermédio de uma revisão constitucional que incluísse uma carta de direitos fundamentais, a reconsideração dos critérios que sustentassem as decisões (que no entender de Rosanvallon estavam muito adstritos à “intenção original”) e na substituição do critério de escolha dos juízes e da duração de seus mandatos. Nesse sentido, uma corte constitucional cumpriria seu papel na medida em que encarnasse estruturalmente a capacidade de flexibilidade e imparcialidade que eram destruídas com sua inscrição partidária.⁵¹⁸

Caso houvesse a convocação de uma eleição para eleger representantes investidos de autoridade para dirimir o conflito entre os poderes constituídos, exercendo em nome do povo o poder constituinte, é razoável imaginar que as lideranças políticas da comunidade, que, inclusive, exerceram mandatos anteriores, teriam mais sucesso de vitória, como de fato constatou James Madison, no caso da Pensilvânia. Muitos de seus integrantes, portanto, estariam decidindo a constitucionalidade de leis que eles próprios haviam aprovado ou até mesmo propostos. Esse argumento talvez suscitasse o princípio do *rule of law* empregado contra o monarca pelo qual um homem não poderia ser juiz de sua própria causa.⁵¹⁹ Não

⁵¹⁷ “Una institución de tipo judicial no es una Cámara de representantes, funcionalmente pluralista, ni un Gobierno, estructuralmente partidario. Por definición, está identificada con una función, o sea, es una estructura en la cual las personas que cumplen esas misiones no deben tener existencia propia ni caracteres diferenciadores”. Cf. ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*, pp. 220.

⁵¹⁸ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*, p. 224.

⁵¹⁹ Ainda que cotidianamente seja possível verificar que tribunais constitucionais sentem-se competentes para julgar causas de interesse direto de seus integrantes. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, não teve qualquer constrangimento em declarar a inconstitucionalidade de parte da emenda constitucional nº 88, que instituía uma sabatina aos ministros interessados em prorrogar por cinco anos o tempo de aposentadoria

obstante, há que se considerar que, na realidade, existiria um procedimento prévio de eleição em que os candidatos seriam submetidos ao escrutínio popular. Quando o povo elegia para o conselho de censores, ou outra assembleia investida na autoridade de fiscalizar a ação dos departamentos do governo, os mesmos indivíduos que já haviam titularizado mandatos, em vez de optar por sua integral renovação, estaria confirmando ou endossando as decisões que os mesmos perpetraram no desempenho de suas funções. O povo não poderia demitir os juízes, mas poderia demitir seus representantes eleitos, substituindo aqueles que agissem de forma contrária aos seus interesses. Nesse caso, portanto, as eleições atuariam como um primeiro juízo popular, direto, capaz de endossar ou repudiar as ações praticadas pelos mandatários.

Não obstante, como Madison escreveu, esse empecilho seria solucionado tornando inelegíveis pessoas que tivessem exercido mandatos anteriores ou que tivessem integrado algum dos poderes.⁵²⁰ A crítica essencial, portanto, não diz respeito aos pressupostos de elegibilidade de seus membros, mas a eleição em si. O problema essencial de assembleias eleitas que atuam como árbitros constitucionais é a reprodução de disputas partidárias em seu interior. Rosanvallon, por exemplo, disse que a Suprema Corte dos Estados Unidos só conseguiu decidir questões fortemente controvertidas pelo reconhecimento do caráter não partidário da corte, enquanto o Congresso estava impotente para legislar sem suscitar “oposições apaixonadas e insuperáveis bloqueios”, essa autoridade da corte, inclusive, teria sido fortalecida pela falta de intervenção legislativa.⁵²¹

O dilema, portanto, é que optar por eleições implica a partidarização do conselho de censores, mas a falta de eleições retira do povo o controle e o direito de renovação de seus membros, em caso de discordância com as decisões do guardião. Porém, a questão não é apenas de opção pelo pior dos males. A soberania popular, ao conferir ao povo o poder de decisão, parece pender para a opção eletiva, sacrificando a razão em nome da paixão própria das disputas políticas. Além disso, tanto Madison como Rosanvallon foram muito otimistas ao tratar de órgãos “não partidários”. Madison, por exemplo, acredita que seriam ambientes governados por um ambiente comum no qual as opiniões convergiram.⁵²² O

compulsória, por comprometer a independência funcional. A corte considerou constitucional o benefício, mas inconstitucional a condição a ele atrelada.

⁵²⁰ Essa solução também seria imaginada por Condorcet em seu plano de constituição girondina.

⁵²¹ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*, p. 224.

⁵²² Cf. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 50.

critério da eleição pura, que Rosanvallon utiliza como próprio das nomeações dos tribunais, diferiria das eleições partidárias, por ser um processo de confiança no qual se confirma uma pessoa e não uma competição entre pontos de vista antagônicos. Mas não é bem assim. O processo de confirmação do *Justice* Neil Gorsuch para a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, mostra como os dois parâmetros eleitorais se aproximam. Inicialmente, o Congresso americano, de maioria republicana, recusou-se a apreciar a nomeação do juiz Merrick Garland, indicado pelo Presidente democrata Barack Obama. Com a vitória do Presidente Republicano Donald Trump, foi então indicado o juiz Neil Gorsuch, cujo procedimento foi marcado pelas críticas e dilações da oposição democrata, que recorreram ao *filibuster*, enquanto os republicanos deflagraram a *nuclear fight*, decidindo a votação pelo voto majoritário. O *justice* Neil Gorsuch foi confirmado com a votação de 54 a 45, sendo que apenas três senadores democratas foram favoráveis a sua indicação, enquanto todos os republicanos votaram a seu favor, com exceção do senador Johnny Isakson, que não votou. Na ocasião, a senadora democrata Elizabeth Warren escreveu artigo expondo as razões pelas quais o então indicado Neil Gorsuch não pertenceria à Suprema Corte. Segundo a senadora, o nome de Gorsuch representava os interesses de uma extrema-direita, de grandes grupos corporativos em detrimentos dos consumidores, das mulheres e dos empregados. A senadora, ainda, afirmava que as cortes deveriam ser neutras, escolhendo juízes com base nos fatos e no direito, e não com base no dinheiro e no poder político.⁵²³ Podem ser mencionadas, também, inúmeras análises políticas publicadas na mídia americana acerca das preferências conservadoras do candidato e de como o balanço ideológico entre liberais e conservadores foi mantido após a morte do *Justice* Scalia, demonstrando que o debate que envolve o processo de nomeação de um magistrado pode envolver, como de fato envolve, filosofias políticas conflitantes, como qualquer candidato a um cargo eletivo. Além disso, a própria Suprema Corte é dividida entre juízes liberais e conservadores, padecendo do mesmo mal que Madison teria visto no Conselho de Censores. No Brasil, durante a sabatina ao Ministro Alexandre de Moraes, foram igualmente questionadas sua independência e imparcialidade para atuar no julgamento dos processos da lava-jato. Assim, não é incomum que a oposição desconfie, obstrua ou vote

⁵²³ Coluna de Elizabeth Warren, intitulada *Neil Gorsuch does not belong on the Supreme Court*. Disponível em: <https://www.bostonglobe.com/opinion/2017/03/19/neil-gorsuch-does-not-belong-supreme-court/elq2QqQBdJW5Fh0s2isXhJ/story.html>

contrariamente ao indicado do governo para a composição da corte por questões ideológicas, correlacionando o indicado e o titular do mandato que o nomeia.

O erro de Rosavallon é estabelecer uma correlação entre eleição e parcialidade de tal modo que candidatos eleitos seriam partidários, enquanto que nomeados seriam imparciais, como se os representantes eleitos fossem incapazes de atuar imparcialmente ou racionalmente, como quer Madison, e os juízes, por serem nomeados, agissem de modo imparcial, quando, na realidade, não há qualquer garantia procedimental, seja pela via da eleição pura, seja pela via da eleição partidária, que assegure que o agente público nomeado virá a desempenhar sua função com imparcialidade. Ex-presidentes da França podem integrar o Conselho Constitucional em caráter vitalício, sem qualquer procedimento eleitoral puro ou partidário, como especifica o art. 56 da Constituição francesa de 1958. Seriam eles imparciais, já que não há procedimento eleitoral? Por outro lado, indivíduos que nunca exerceram um cargo eletivo na vida seriam parciais apenas por terem sido eleitos.

Rosavallon acredita que quanto mais partidária a corte, mais difícil será fazer com que suas posições sejam aceitáveis.⁵²⁴ Quando os cidadãos acreditam que a corte age com imparcialidade, suas decisões são menos questionadas e mais aceitas pelo povo do que se tivessem sido formuladas pelo governo. A questão é que o procedimento de nomeação não é capaz de garantir que os juízes ajam com imparcialidade ou que suas decisões repudiem os argumentos racionais em detrimento dos argumentos passionais. Intérpretes constitucionais eleitos poderiam, a princípio, ser tão justos quanto intérpretes nomeados. Mais: em diversas monarquias constitucionais, entende-se que o rei deve estar acima das políticas partidárias, agindo imparcialmente sem tomar posições a favor de uma ou outra facção política. Ele ocupa o trono de forma hereditária, não é eleito e seu posto é vitalício; na realidade, utilizando os mesmos critérios narrados por Rosavallon, o monarca seria mais imparcial do que juízes constitucionais nomeados por um presidente e confirmados por um senado, daí a justificativa do nome poder “moderador” ou poder “neutro”. Esses atributos, entretanto, dificilmente persuadiriam alguém a crer que a soberania popular admitiria que a decisão real sobre questões constitucionais fundamentais deveria prevalecer diante do bloqueio e oposição política própria das instâncias legislativas. Reconhecer, portanto, que determinada

⁵²⁴ O que também poderia ser questionado, já que o problema poderia ser apenas o partidarismo ou o partidarismo somado a inamovibilidade e a vitaliciedade de seus integrantes.

instituição ou órgão tem um caráter não partidário não a torna apta a ser a melhor intérprete constitucional, porque, como queria Sieyès, é indispensável que essa instituição fale em nome do povo, pelos ditames da soberania popular. Se o povo era a vítima, então que o povo fosse o juiz.

É exatamente isso que faz Rosanvallon, ao dizer que a soberania popular é dividida em diversas instituições. Para chegar a essa conclusão, Rosanvallon reputa o conceito de poder constituinte de Sieyès como algo radicalmente criador, originário, como expressão pura de uma vontade incondicionada, buscando justificar sua intenção ruptiva ao antigo regime. Esse poder constituinte, descrito por Sieyès, seria a expressão radical de uma promessa democrática, monista, imediata e absoluta de um povo vivo. De acordo com Rosavallon, isso não é soberania popular. Ele prefere adotar o conceito de soberania complexa de Condorcet, que pluraliza as modalidades de exercício da soberania do povo em vários momentos, e não em um único órgão representativo, como quer Sieyès. Existe o povo a curto prazo, no referendo e censuras, nas eleições e a longo prazo, nas constituições. A cada um deles a vontade do povo é completado, supervisionado e controlado por outros procedimentos, fazendo surgir não um, mas três povos distintos: o povo eleitoral, social e o povo princípio, expressão da vontade geral de integração.⁵²⁵

Todavia, como seriam resolvidos os conflitos entre povos representados por distintas instituições ou em distintos momentos? Para Rosavallon, qualquer garantia só pode ser concebida de um modo reflexivo, ou seja, com a introdução de uma moratória de reflexão, complicando o procedimento, uma espécie de veto suspensivo que coloca uma obrigação de validação. A corte não tem hierarquia superior, nem sua decisão é final.⁵²⁶ Como a corte não tem a última palavra, a constituição pode ser mudada diante de uma decisão da corte constitucional. Agregado a esses elementos, seria necessário que os juízes interpretassem apenas textos existentes, não devendo impor normas que são produtos de seu próprio espírito.⁵²⁷ As sugestões de Rosavallon, porém, encontrariam alguns problemas ao serem aplicadas aos Brasil. Inicialmente porque, no Brasil, as emendas constitucionais também são submetidas ao controle de constitucionalidade, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo porque os juízes brasileiros defendem a existência de

⁵²⁵ ROSANVALLON, Pierre. La legitimidad democrática, p. 224.

⁵²⁶ A saída de Rosavallon faz lembrar a solução das teorias deliberativas que não optam por uma hierarquia entre os poderes.

⁵²⁷ ROSANVALLON, Pierre. La legitimidad democrática, p. 228-229.

direitos fundamentais não expressos. O *leading case* brasileiro que julgou a primeira emenda à constituição inconstitucional, inclusive, praticou os dois atos simultaneamente, ao considerar que o tributo (IPMF) feria direito individual do contribuinte não descrito no art. 5º da Constituição Federal, decorrente do princípio da anterioridade tributária.⁵²⁸

A dificuldade pode ser problematizada ainda de outra maneira. Se o povo manifesta sua soberania em tempos distintos ou em instituições distintas, o que fazer quando há conflito entre a vontade expressa pelo povo nessas diversas instituições e nesses diversos momentos? Sieyès, por exemplo, acredita que existe uma assembleia que é a soberana dentre todas as outras. Mas supondo que Sieyès esteja errado e haja dois ou mesmo três povos soberanos distintos, como quer Rosavallon, ainda assim seria necessário uma teoria de autoridade para saber qual “povo” prevaleceria em caso de conflito. Essa tensão não é hipotética. Ela pode ocorrer não apenas no conflito entre os poderes legislativo, judiciário ou executivo, mas também entre o povo representado e o povo direto.

A constituição brasileira, no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, marcou um plebiscito nacional para definir a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo). No mesmo documento, em seu art. 3º, determinou que, em cinco anos, fosse realizada uma revisão constitucional pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral. Como se sabe, o plebiscito optou pela forma republicana presidencialista e quando houve a revisão constitucional, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 9818, considerou que o resultado do plebiscito teria se tornado cláusula pétrea, impedindo não apenas sua revisão nos termos do art. 3º, como também sua imodificabilidade por emenda constitucional, impedindo que o Congresso pudesse modificar a escolha direta do povo. A única explicação que obriga o Congresso Nacional a obedecer ao resultado da consulta e o impede de modificar a forma e o sistema de governo é a crença de que a autoridade do povo que a instituiu é maior do que a autoridade do povo que a detém atualmente. Mas, se todas as manifestações do povo coabitam igualmente entre si, sem uma hierarquia existente, sendo separadas apenas pelo momento em que se manifestam, então a regra de decisão seria optar sempre pela manifestação mais recente, o que funciona em plebiscitos e referendos ou entre decisões da mesma instituição (os plebiscitos poderiam ser

⁵²⁸ Cf. ADI 939, julgada em 15 de dezembro de 1993, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, Supremo Tribunal Federal.

considerados normas originárias, tais como as normas de uma assembleia constituinte), torna-se, contudo, problemática entre instituições distintas, da mesma hierarquia, em que há uma multiplicidade de atos simultâneos.

Ao ver as eleições como um critério negativo, Rosavallon não leva a sério a solução de Sieyès em colocar na opinião pública o ponto final da regressão, permitindo que as eleições atuem como mecanismos finais de controle constitucional. Há, portanto, que se responder a pergunta de John Randolph: é mais provável que uma decisão constitucional corrupta provenha de homens imediatamente responsáveis pelo povo ou por aqueles que são irresponsáveis? Se a constituição deve significar aquilo que o povo deseja, sendo esse um princípio de soberania popular, parece mais provável que indivíduos eleitos traduzam esse anseio, não apenas porque são autorizados a atuar em nome do povo, mas porque o povo pode influenciar diretamente suas decisões e demiti-los, caso atuem de forma indevida.

A restrição às assembleias eleitorais, que poderia ser extraída da sugestão de Sieyès ou dos constituintes da Pensilvânia, é de ordem pragmática. Supondo que o soberano constitucional, autorizado a falar exclusivamente em nome do povo, fosse composto por pessoas eleitas para esse fim, sendo uma instituição apartada dos poderes executivo, legislativo ou judiciário, qual seria, na prática, a diferença entre um modelo de guardião dessa natureza e um modelo de supremacia legislativa? A primeira distinção seria afirmar que a supremacia legislativa não admitiria o controle de outros poderes, mas já foi explicado anteriormente que a supremacia legislativa pode existir, mesmo em um governo em que os poderes realizam a fiscalização da legislação pelo *judicial review* ou pelo veto, desde que o legislativo tenha autoridade para resolver os conflitos entre os poderes. Com isso, se uma assembleia soberana atua em termos muito semelhantes a uma assembleia não soberana, seja pela autorização eleitoral, *accountability*, partidarização, colegialidade ou temporariedade de mandato, os vícios e virtudes procedimentais que contaminariam a primeira, contaminariam também a segunda. Por outro lado, se o conselho ou assembleia fosse composto por pessoas nomeadas, tal como são compostas as cortes, surgiria o questionamento se não seria algo semelhante a uma supremacia judicial. Existe, portanto, diferença prática em criar um conselho soberano, ou esse seria, na verdade, apenas uma modalidade de supremacia legislativa suavizada em comparação ao modelo de supremacia legislativa inglesa?

É certo que o guardião externo respeita a igualdade entre os poderes constituídos, negando a qualquer deles a autoridade para falar em nome do povo, mas as experiências citadas tanto por Madison como por Rosavallon ressaltaram que, quando esses modelos foram implementados, duas ordens de objeções foram constatadas: ou o guardião era parcial ou era ineficiente, porque só sendo constituído de tempos em tempos, poderia se tornar difícil reverter uma situação inconstitucional já consolidada, mas se existisse continuamente, acabaria se tornando um poder semelhante ao legislativo. Sob a perspectiva pragmática, ainda, um guardião eletivo externo, nos termos da teoria de Sieyès, poderia não ser muito diferente de um modelo constitucional de recurso ao legislador, exceto que, sendo o legislativo um poder constituído, deveria estar adstrito aos limites estabelecidos pelo poder constituinte, fazendo com que seus atos fossem confirmados por uma legislatura qualificada. Talvez, esse problema fosse superado caso se impusesse que o legislador julgador fosse diferente do legislador criador do ato: o recurso seria julgado não pela legislatura que criou a lei, mas pela legislatura que a sancionou. A Constituição brasileira de 1824 parece ter absorvido esse espírito e imaginou uma modalidade de recurso ao legislador diferente da Constituição de 1937, que não previa a troca da legislatura. Ao tratar da discussão, promulgação e sanção das leis, determinava que um projeto de lei vetado pelo Imperador, deveria ser confirmado pelas duas legislaturas seguintes:

Art. 64. Recusando o Imperador prestar seu consentimento, responderá nos termos seguintes. - O Imperador quer meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver - Ao que a Camara responderá, que - Louva a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação.

Art. 65. Esta denegação tem effeito suspensivo sómente: pelo que todas as vezes, que as duas Legislaturas, que se seguirem áquella, que tiver approved o Projecto, tornem successivamente a apresental-o nos mesmos termos, entender-se-ha, que o Imperador tem dado a Sancção.

Art. 66. O Imperador dará, ou negará a Sancção em cada Decreto dentro do um mez, depois que lhe for apresentado.

Art. 67. Se o não fizer dentro do mencionado prazo, terá o mesmo effeito, como se expressamente negasse a Sancção, para serem contadas as Legislaturas, em que poderá ainda recusar o seu consentimento, ou reputar-se o Decreto obrigatorio, por haver já negado a Sancção nas duas antecedentes Legislaturas.

A constituição brasileira de 1824 teve clara inspiração na constituição francesa de 1791, que dava efeito suspensivo ao veto real e exigia que as duas legislaturas seguintes àquela que apresentou o decreto tivessem apresentado e aprovado o decreto nos mesmos

termos.⁵²⁹ O objetivo era fazer com que o rei manifestasse sua visão acerca da constitucionalidade de uma lei, por meio do veto, exigindo que o projeto fosse confirmado nas duas legislaturas seguintes, para que a denegação se convertesse em sanção real. Não se trata, portanto, apenas da discordância entre os poderes legislativo e judiciário que são submetidas ao árbitro constitucional, como também da discordância entre o executivo e o legislativo. O ponto marcante, porém, é que a decisão final sobre o veto não era dada pela mesma legislatura que havia aprovado a lei, exigindo-se um juízo intermediário do povo, na eleição de seus representantes.

Sieyès, entretanto, expressamente repudiou essa alternativa como solução. Ele deixou bem claro que estaria aberto a apoiar uma medida que vinculasse o legislador ordinário dentro dos limites constitucionais, desde que o veto fosse colocado nas mãos daquele que melhor fosse controlado pelo povo, de forma que a restrição atuasse em prol da nação. A questão, dizia, era que não fazia o menor sentido, sob a perspectiva do controle, exigir que a decisão de uma assembleia ordinária fosse ratificada por outras assembleias ordinárias, pois o mesmo efeito seria alcançado com duas ou três câmaras, compostas por pessoas distintas. Se uma Câmara quisesse adiar a votação, ela já estaria agindo com os efeitos do veto suspensivo, com isso, considerando que fosse bom adiar a confirmação de uma lei, que isso fosse feito no próprio legislativo, lugar que lhe é natural.⁵³⁰ Além disso, o reconhecimento da indivisibilidade da Assembleia Nacional implicava a sua unidade de *decisão*, não em sua unidade de *discussão*.⁵³¹ É repugnante, diz, querer separar o direito de suspender (anular) do direito de fazer, agir. Ao fazer com que o exercício do veto seja realizado em diferentes seções da própria Assembleia Legislativa, atingem-se os mesmos benefícios que se quer com o veto real e se, apesar disso tudo, um erro legislativo tornar-se lei, que esse erro seja corrigido nas reformas legislativas seguintes. Solução preferível a optar por uma suspensão arbitrária de sua jurisdição.⁵³² Sieyès, portanto, não acreditava que

⁵²⁹ Cf. arts. 1º a 5º da Seção terceira, Capítulo III, Título III da Constituição francesa de 1791.

⁵³⁰ Sieyès omite que existe uma diferença - a eleição entre o intervalo de tempo, permitindo a manifestação do povo.

⁵³¹ “Souvenez-vous, Messieurs, de votre Arrêté du 17 Juin ; il est fondamental, puisque c’est de ce jour que date votre existence en Assemblée Nationale ; vous y avez déclaré que l’Assemblée Nationale est *une & indivisible*. Ce qui fait l’unité & l’indivisibilité d’une Assemblée, c’est l’*unité de décision*, ce n’est pas l’*unité de discussion*”. Cf. SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Dire de l’abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre 1789*. Sieyès parece achar dispensáveis mecanismos bicamerais, já que fazer votações separadas por cabeça e não por câmara gerariam resultados semelhantes.

⁵³² SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Dire de l’abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre 1789, Paris*.

os outros poderes constituídos poderiam ser capazes de controlar o legislativo ordinário, nem mesmo quando o legislativo desse a última palavra sobre os vetos do poder executivo. A tarefa de limitar o poder legislativo estaria apenas restrita ao poder constituinte nos momentos extraordinários e a correção eleitoral, como medida de limitação interna do legislativo ordinária.

Em 1795, Sieyès parece inovar em sua opinião. Ele propõe à Convenção Nacional um projeto de júri constitucional, composto por 108 membros, renovado um terço a cada ano. Nos termos dos artigos III e IV, um terço de seus membros seriam eleitos pelo próprio júri dentre os 250 integrantes do conselho dos anciãos e do conselho dos 500. Em sua primeira composição, seria realizado um escrutínio no qual um terço seria eleito pela convenção, um terço pela assembleia nacional constituinte e um terço pela assembleia Legislativa. O júri constitucional não poderia agir de ofício, (artigo XVII), sendo essa uma das maiores garantias imaginadas por Sieyès para o controle do tribunal. Inicialmente, tanto cidadãos comuns, as minorias de cada Conselho, assim como os conselhos dos anciãos e dos quinhentos poderiam formular a denúncia contra atos dos conselhos, das assembleias eleitorais e primárias e contra o tribunal de cassação (art. VI). Caso o júri constatasse a inconstitucionalidade do ato, pronunciava sua nulidade (artigo VIII). Além disso, nos termos do artigo XI, a cada dez anos, o Júri Constitucional proporia a revisão da constituição à assembleia primária, que poderia aceitar ou rejeitar a proposta. Aceitando, caberia ao conselho dos anciãos redigir, recebendo autoridade constituinte delegada.⁵³³

Nesse projeto, o júri constitucional seria encarregado de propor melhoramentos e alterações à carta constitucional, comunicando aos conselhos e dando publicidade às suas recomendações, as assembleias primárias dariam ou negariam consentimento às recomendações do júri, dizendo sim ou não. Concordando, o poder constituinte seria delegado ao conselho dos anciãos, que redigiria a proposta a partir das decisões da assembleia, sem poder dar-lhes alteração.

⁵³³ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. Opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du Jury Constitutionnaire proposé le 2 thermidor, prononcée a la Convention Nationale, Le 18 du même mois, Tan 5 de la République, l'an 3 de la République, Paris, Convention Nationale. No projeto que apresentou ao conselho dos onze, o artigo VI determinaria que o júri constitucional conheceria apenas as demandas de inconstitucionalidade trazidas por um dos conselhos legislativos, ou pelo diretório executivo, contra todos os atos de legislação, governo ou de execução, fixando prazo de 5 dias para a reclamação, não admitindo a denúncia após a aprovação da lei (artigo VII).

O júri imaginado por Sieyès lembra uma terceira câmara legislativa,⁵³⁴ cuja função é atuar como um verdadeiro tribunal de cassação constitucional, mas seus integrantes eram compostos por parlamentares escolhidos pelo próprio júri e, embora Sieyès defendesse uma visão aristocrática acerca de seus integrantes, que deveriam conhecer bem os assuntos sobre os quais se pronunciariam, não chegou a reservá-las aos juízes. Não obstante, apesar de Sieyès imaginar um júri parlamentar eletivo, em momento algum reconhece que esta instituição representaria ou atuaria com autoridade delegada do poder constituinte. Apesar de o júri atuar como guardião constitucional, obrigando o legislador a ficar adstrito aos limites impostos pelo guardião e funcionar como árbitro, inclusive, sobre a disputa entre os dois conselhos, ele não foi elevado à autoridade constituinte, reservada às assembleias primárias e, ao máximo, ao conselho dos anciãos.

Duas conclusões seriam possíveis: ou Sieyès mudou de ideia, admitindo que a arbitragem constitucional pudesse ser feita por um órgão do poder constituído,⁵³⁵ ou o júri era uma manifestação do poder constituinte. As duas alternativas apresentam inconsistências com sua visão revolucionária.

Conforme afirma Marco Fioravante, ao considerar que o júri poderia atuar com autoridade constituinte, haveria uma aproximação de Sieyès e Condorcet, porque a autoridade soberana do povo estaria dividida entre as assembleias primárias (responsáveis em instituir a constituição) e o júri (responsável em revisar a constituição). Além disso, o poder constituinte concebido por Sieyès, em 1789, era incondicionado e ilimitado, mas em 1795, o poder constituinte era regulado e disciplinado nas funções do júri. Ao procurar evitar tumultos e revoltas para a reforma constitucional, restringiu a consulta constitucional e condicionou o aparecimento do poder constituinte das assembleias primárias a cada dez anos.⁵³⁶ Se fosse um órgão do poder constituído, haveria dúvidas sobre sua legitimidade em restringir o poder constituinte, legando à assembleia apenas a faculdade de aceitar ou repudiar as proposições do júri, sendo, porém, um órgão do poder constituinte, era incapaz de agir de ofício e de alterar a constituição, dependendo da manifestação da assembleia. Além disso, no projeto, quem receberia delegação constituinte expressa seria o conselho dos anciãos.

⁵³⁴ Horacio Spector o denomina de “Quase-Legislativo” júri. Cf. SPECTOR, Horacio. *The theory of constitutional review*, p. 32-33.

⁵³⁵ Já que nem o júri constitucional nem o senado conservador seriam capazes de alterar a constituição.

⁵³⁶ Cf. FIORAVANTI, Marco. *Siyès et Le jury constitutionnaire: perspectives histórico-juridiques*, §25.

Em 1799, na Constituição do consulado, Sieyès reapresenta o seu projeto de júri constitucional com um novo nome: o Senado Conservador, composto por 80 membros inamovíveis e vitalícios, escolhidos entre três candidatos indicados pelo Corpo Legislativo, pelo tribunate e pelo Primeiro Cônsul, cuja competência consiste em manter ou anular os atos encaminhados como inconstitucionais pelo tribunate ou pelo governo. Apesar de Sieyès denominar a instituição como Senado, a forma de indicação e a prerrogativa de seus integrantes a tornam mais próximas de uma corte de juízes do que o modelo parlamentar de júri constitucional. Essa composição dificultaria ainda mais a tese na qual esse órgão exerceria a autoridade constituinte, nos moldes da soberania popular, do controle do mandato e de sua delegação, mas a reconheceria por sua autoridade em solucionar os conflitos entre os poderes.

Fioravante acredita que a solução francesa para condicionar o legislador às normas constitucionais sempre confiou em um órgão político por duas razões, a primeira era a hostilidade judicial na interferência entre os poderes, a segunda era a influência das doutrinas de Montesquieu e Rousseau e na resistência em aceitar que os atos de uma assembleia soberana poderiam ser sujeitos ao escrutínio judicial. Para ele, o projeto de Sieyès diferiria desse *design*, propondo um procedimento que o aproximaria de uma ordem judicial (não composta por juízes de carreira, mas por um corpo aristocrático de indivíduos com experiência constitucional), em que a constituição pudesse ser revisada “por ela mesma”, em que o povo ainda teria poder, mas seria um poder regulado.⁵³⁷

Considerando, entretanto, que os poderes constituídos poderiam vetar o legislativo, quais argumentos impossibilitariam o rei de efetuar o veto, mas permitiriam que o júri ou o senado conservador atuassem como instituições ordinárias de cassação constitucional?

Para o Sieyès revolucionário, qualquer poder que quisesse fiscalizar o legislativo, cassando suas decisões e exercendo um veto constitucional, deveria ser controlado pelo povo – quanto maior o controle popular, maior a legitimidade do órgão para vetar o legislativo. O rei não possuía condições de satisfazer esse requisito devido à natureza hereditária e vitalícia da coroa, mas se essa era uma desvantagem para o rei, também seria uma desvantagem para o senado conservador ou quaisquer outros órgãos de composição semelhante, como um tribunal, não sendo possível, portanto, coerentemente, aceitar um e

⁵³⁷ FIORAVANTI, Marco. *Siyès et Le jury constitutionnaire: perspectives histórico-juridiques*, §36.

repudiar o outro, quando padecem do mesmo vício, distintos apenas pela quantidade de integrantes. Sieyès, ainda, não aceitou que uma assembleia pudesse ter seus poderes divididos quando rejeitou o recurso legislativo ao veto real, por considerar uma violação da indivisibilidade da Assembleia Nacional, mas, na prática, ao propor os modelos do júri constitucional e do senado conservador, instituiu duas assembleias (com diferentes mecanismos de composição) nas quais o poder constituinte se manifestaria de forma distinta e não unitária. Essa proposta ia absolutamente de encontro a sua concepção inicial de sistema representativo.

A concepção inicial de governo de Sieyès organizava os três poderes e repudiava qualquer veto ou corte de cassação sobre a legislação. Sua posição, na época, derivava da distinção entre democracia e governo representativo. Em uma democracia, o povo decidia diretamente, mas no caso francês, as decisões só pertenciam à Assembleia Nacional: “o povo não pode falar, pode apenas agir por meio de seus representantes”.⁵³⁸ A legislatura nacional era sua única voz e o recurso ao povo extinguiu o sistema representativo, substituindo-o pelo democrático. Sendo unitária a voz da nação, Sieyès reputava que o veto ou o direito de cassação era difícil de ser defendido. Na assembleia, quando uma proposta é defendida apenas pela minoria, o desejo na nação era exposto com a recusa da maioria. Nesses termos, a maioria exerceria seus direitos sem limites, em uma constituinte. Qual seria a consequência do veto? Permitir que a maioria, que venceu a minoria, seja substituída pelo executivo, fazendo prevalecer aquilo que inicialmente era desejo da minoria ou do rei em detrimento da vontade da nação. Por isso, qualquer tipo de veto ou mecanismo de suspensão era visto por Sieyès como arbitrário e contrário à vontade da nação. Essa mesma unidade impediria que houvesse fragmentação entre as câmaras legislativas no tempo e, sendo necessária moderação, que fossem instituídas casas dentro do legislativo, embora a assembleia nacional fosse uma sempre.

⁵³⁸ “Le Peuple ou la Nation ne peut avoir qu’une voix, celle de la législature nationale. Ainfi, lorsque nous entendons parler d’un appel au Peuple, cela ne peut vouloir dire autre chose, si ce n’est que le Pouvoir exécutif pourra appeler de la Nation à elle-même, & non pas des Représentans à leurs Commettans, puisqu’ceux-ci ne peuvent se faire entendre que par les Députés Nationaux. L’expression d’appel au Peuple est donc mauvaise, autant qu’elle est impolitiquement prononcée. Le Peuple, je le répète, dans un pays qui n’est pas une démocratie (& la France ne fauroit l’être). Le Peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses Représentans”. Cf. SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Dire de l’abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre 1789, Paris.*

Ao propor um tribunal de cassação constitucional, Sieyès já não mais poderia defender que o poder constituinte só seria exercido por uma assembleia nacional, já que o júri cumpriria uma missão constitucional dada apenas à assembleia. Tampouco poderia continuar afirmando que a voz da nação só poderia ser manifestada em um único momento, nas assembleias nacionais, sendo forçoso reconhecer que a proposta pressupunha a divisão da soberania entre o júri e as assembleias primárias, com delegação ao conselho dos anciãos. Não poderia sequer afirmar que essa autoridade, antes reservada a uma assembleia imparcial constituinte, seria um órgão representativo da nação.

Seria possível conciliar a proposta de Sieyès de um júri constitucional ou de um Senador Conservador com o Sieyès de 1789? Eram os pontos essenciais de Sieyès: 1) que o legislador ordinário, como todo poder constituído, fosse controlado; 2) que o veto ao legislador fosse realizado por alguém que tivesse controle popular maior; 3) que o controle fosse exercido pelo poder constituinte e não por poderes constituídos; 4) a unidade de decisão da assembleia, e 5) que não fossem constantemente promulgadas novas constituições, evitando constantes consultas às assembleias constituintes ou convenções, por meio da regulamentação do que era ilimitado e irrestrito – o poder constituinte.⁵³⁹ Algumas intenções, entretanto, são irreconciliáveis. Se o poder constituinte é unitário, ou a assembleia exerce o poder constituinte exclusivamente, ou a soberania popular é dividida. Se Sieyès quer que um órgão aprove a constituição e outro a fiscalize, considerando que ambas as matérias só podem ser tratadas pelo poder constituinte, então ele precisa ser dividido. Da mesma maneira, se o júri ou Senado Conservador são manifestações do poder constituído, então não seriam órgãos imparciais para julgar as controvérsias constitucionais.

Aceitando, porém, como verdadeira a possibilidade de a soberania nacional ser dividida, de modo que uma assembleia propusesse a constituição e outra assembleia a fiscalizasse, ambas com autoridade constituinte, compostas por integrantes eleitos pelo povo e, por isso, tendo um veto qualitativo em relação ao legislador ordinário, talvez se tornasse mais fácil qualquer tentativa de compatibilização.

⁵³⁹ “C’était un moyen qu’avaient les révolutionnaires pour mettre un frein à la Révolution et pour contrôler un pouvoir sans contraintes, comme le pouvoir constituant. (...) Comme la Révolution avait donné, selon Sieyès, ses résultats, il faudrait éviter à l’avenir de retourner à des assemblées constituantes ou à des conventions et il était nécessaire de prévoir une révision périodique de la constitution par la constitution même. Le pouvoir appartenait toujours au peuple, mais il s’agissait d’un pouvoir réglementé”. FIORAVANTI, Marco. *Siyès et Le jury constitutionnaire: perspectives histórico-juridiques*, §§ 23 e 24.

Um modelo dessa natureza faria com que o recurso ao legislador, com o intervalo da legislatura, fosse um procedimento de decisão mais fiel para representar o poder constituinte do que o Senado Conservador, composto por indivíduos vitalícios, sem mandato popular. Sieyès rejeita essa alternativa, além da questão da unidade decisória da assembleia, por achá-la desnecessária. Acredita que os efeitos de moderação do veto podem ser igualmente obtidos com a inclusão de outra casa legislativa, embora omita o controle popular exercido entre uma e outra, o que não ocorre em um poder legislativo composto por duas ou mais câmaras. Na prática, porém, seriam exatamente duas assembleias: uma aprovando a lei, atuando como legisladora ordinária, outra resolvendo sobre a validade da lei, diante do conflito com os poderes, atuando como uma assembleia extraordinária decisória, como havia imaginado Francisco Campos. Nesse caso, a assembleia sempre teria poderes ordinários em relação a seus próprios atos e extraordinários em relação aos atos dos outros poderes e das legislaturas anteriores. Não seria o mesmo legislador, nem a mesma legislatura, pois a divisão atua considerando as manifestações hierárquicas dos poderes constituídos e dos poderes constituintes.

A diferença, porém, é sutil e pode ser questionado se existe, de fato, controle constituinte imparcial ou supremacia legislativa. O princípio no qual ninguém pode ser juiz de si, talvez, impedisse uma configuração dessa natureza. Ele diria que, quando existe uma divergência entre os poderes ou entre os cidadãos e o poder legislativo a respeito da constituição, o juiz seria um terceiro imparcial, enquanto os poderes constituídos seriam parte (o que, por essa razão, também afastaria a presença do poder judiciário). Ao renovar a legislatura, o recurso ao legislador parece atender a esse requisito, instituindo corpos de representantes distintos. Se o povo opta por eleger os mesmos representantes ou parte deles como árbitros constitucionais, as eleições atuam como mecanismo de reiteração da legislatura, se opta em substituí-los, está repudiando a legislação ordinária. Essa é a lógica de um poder constituinte representado por uma assembleia eletiva que se submete ao controle popular e à soberania nacional. Mas se, no final de tudo, uma assembleia eletiva é controlada por outra assembleia eletiva, os vícios de uma não contaminariam a outra? Rosavallon acredita que isso provocaria um recurso eterno a novas assembleias ou novos guardiões constitucionais, não tendo solução lógica a não ser que se recorresse a um modelo não hierárquico, com diversos vetos suspensivos. Rosavallon, entretanto, recairia no mesmo problema da anarquia deliberativa, ficando em aberto a resolução dos conflitos decorrentes

de diversas instituições que se vetam reciprocamente, sem uma ordem hierárquica e sem definitividade.⁵⁴⁰

Ressalta-se, entretanto, que os opositores de Sieyès, ao repudiarem sua proposta no conselho dos onze, suscitando o problema do controle do guardião, refutaram a ideia de júri não porque entendiam que o legislativo deveria ser controlado pelo rei ou pelos juízes (diferente de Rosavallon, que defende a revisão judicial das leis), mas porque acharam que um guardião para guardar todos os poderes era perigoso e inútil,⁵⁴¹ preferindo que se mantivesse a supremacia legislativa, embora concordando com a distinção entre poderes constituintes e constituídos. O controle do legislativo não era extrínseco, mas intrínseco.

Para Anthoine Claire Thibaudeau, um dos integrantes do conselho dos onze, o controle de constitucionalidade do júri de Sieyès era fundado em um princípio que exigia infinito regresso a corpos de controle. Se o júri ultrapassa seus limites, ele indaga, quem irá reprimir sua usurpação? Lembrando do conselho dos censores da Pensilvânia, em uma referência expressa, Thibaudeau alerta que as paixões dos membros dos conselhos, integrantes do legislativo, também estaria presentes na composição do júri. A lógica que Sieyès seguia era colocar a garantia da república em uma divisão de poderes bem organizados. A garantia dos poderes era colocada no júri constitucional, mas Sieyès não respondia onde estava a garantia contra o júri. Para resolver esse impasse, Thibaudeau imaginava um legislativo composto por duas casas capazes de controlarem-se e neutralizarem-se entre si, o conselho dos anciãos e o conselho dos quinhentos, tornando o recurso a um júri constitucional inútil.⁵⁴² Pela lógica de Thibaudeau, ainda que duas casas se unissem para violar a constituição, nada impediria que o júri também se unisse a eles com o mesmo propósito. Sieyès propunha reduzir o conselho de anciãos a um órgão meramente formal, proibido de discutir a reforma constitucional, mas Thibaudeau, tal como Madison, recorda o fracasso do conselho de censores da Pensilvânia dizendo que sua instituição não foi capaz de prevenir a violação do legislativo nas poucas vezes em que as decisões do júri mudaram em relação às decisões legislativas, já que existia uma tendência de reprodução dos resultados legislativos.⁵⁴³ Essa tendência seria pior na proposta de Sieyès, porque o júri

⁵⁴⁰ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*, p. 227.

⁵⁴¹ Cf. THIBAudeau, Anthoine Claire. *Mémoires sur la convention et le directoire*, p. 186

⁵⁴² THIBAudeau, Anthoine Claire. *Opinion de Thibaudeau, représentant du peuple, sur Le Jury Constitutionnel, prononcée das la séance du 24 thermidor*, Paris, Convention Nationale, 1795, pp. 3-5.

⁵⁴³ Uma crítica muito semelhante a de Madison.

era contínuo, diferente da Pensilvânia, fazendo com que o calor da paixão contaminasse ainda mais as deliberações do júri. A Pensilvânia mostraria o mal que deveria ser prevenido pela constituição francesa, mas sendo um único corpo legislativo, não tinha as mesmas garantias internas e esse exemplo mostraria a impotência do remédio oferecido por Sieyès.⁵⁴⁴ Para Thibaudeau, a permanência do poder constituinte significava a permanência da anarquia, por isso, a constituição francesa, em vez de se socorrer do controle de censores, deveria deter a ambição com a ambição, dentro do espírito de Montesquieu. Esse equilíbrio seria alcançado com divisão do corpo legislativo em dois conselhos, orientados com diferentes princípios de ação, por intermédio da participação do poder executivo na formação da lei e pela vontade nacional, a opinião pública, que, na fala de Thibaudeau, seria o maior guardião da constituição, com o voto nacional.⁵⁴⁵

É interessante observar, com isso, que, apesar Rosanvallon e Thibaudeau concordarem em sua crítica ao projeto de uma assembleia hierarquicamente superior e imparcial para resolução dos conflitos constitucionais, optam por uma solução não hierárquica um pouco diferente. Ambos negam o controle hierárquico, porém, Rosanvallon quer introduzir instituições cujos critérios eleitorais sejam apartidários. Thibaudeau não pensa assim, ele acredita que o bicameralismo existente no conselho dos anciãos e dos quinhentos atuaria como um mecanismo interno de controle legislativo, proibindo que juízes interferissem no exercício do poder legislativo.⁵⁴⁶ Thibaudeau defende a supremacia legislativa, sendo o legislativo composto por duas casas de equilíbrio.

Em 1789, Sieyès propugnava por um agente que, ao exercer o veto, fosse submetido a controle popular, mas dez anos depois, desenhou um órgão vitalício para exercer a função de guardião constitucional, concedendo o poder constituinte a uma entidade sem *accountability*. Conforme disse Louvet,⁵⁴⁷ em 1795, um júri constitucional, ainda que fosse eletivo, poderia também estar sujeito ao abuso de seus poderes, poderia

⁵⁴⁴ THIBAudeau, Anthoine Claire. *Opinion de Thibaudeau, représentant du peuple, sur Le Jury Constitutionnel, prononcée das la séance du 24 thermidor*, Paris, Convention Nationale, 1795, pp. 9-10.

⁵⁴⁵ “Pobre do povo cujos legisladores não o consideram como o mais forte apoio à Constituição e suas leis. A república e a liberdade não seriam nada, só palavras vãs em um país onde elas não mais serviriam; para conter as ambições individuais, tem-se o poderoso freio do povo livre e a opinião pública” (tradução livre). THIBAudeau, Anthoine Claire *Opinion de Thibaudeau, représentant du peuple, sur Le Jury Constitutionnel, prononcée das la séance du 24 thermidor*, Paris, Convention Nationale, 1795, p. 11.

⁵⁴⁶ Cf. o art. 203 da Constituição francesa de 1795.

⁵⁴⁷ LOUVET, P.F. *Opinion, Contre la proposition d’un jury constitutionnaire, Prononcée le 24 thermidor, an troisième, Représentant du Peuple*; Paris, Convention Nationale, 1795, p. 12.

aniquilar atos perfeitamente constitucionais, nesse caso, qual garantia permaneceria? Mesmo que o júri fosse útil, Louvet disse que ele era perigoso e fatal. Seria o primeiro da república que teria direito de vida e morte, como também sobre o poder executivo e legislativo, poderiam paralisar todas as leis, execuções, estradas, um poder irrefutável, não havendo nada sobre ele para suprimi-lo, nada para prendê-lo, sendo um poder único, uma assembleia única com o problema de não ter um contrapoder para lhe fazer frente. Louvet parece ignorar que o Júri Constitucional de Sieyès era também submetido a um tipo de controle, o controle popular, uma vez que seus integrantes eram compostos por parlamentares eleitos para um mandato. O problema, portanto, não era a falta de controle, mas a falta de um controle institucional. É exatamente esse o problema das assembleias constituintes, que são ilimitadas, irrestritas, anárquicas, unicamerais, que, curiosamente são desejáveis pelos franceses para criar uma constituição, mas não para interpretá-las. A única lógica nisso é que o poder constituinte seria um mal necessário, que deveria ser restrito na medida do possível, sob pena da revolução nunca cessar.

Quando duas câmaras eleitorais podem vetar-se reciprocamente, como ocorria com a proposta da Constituição francesa de Thibaudeau, exige-se um consenso para a produção da lei. O veto de cada câmara é um veto absoluto, mas facilmente modificado ou superado com a periódica renovação das casas. Ao inserir instituições vitalícias, como o veto monárquico, um senado conservador ou uma corte judicial vitalícia, é necessário aguardar a morte do rei ou a renovação por morte do colegiado, para que o veto seja superado, sendo esse um veto absoluto, utilizado em muitas cortes constitucionais e no princípio do *king in Parliament* (embora o veto absoluto tenha entrado em desuso na Inglaterra). Sieyès acreditava, em 1789, que vetos dessa natureza violavam a vontade da nação e a soberania do povo.

No júri constitucional, o veto absoluto atuava à semelhança do conselho dos anciãos e do conselho dos quinhentos, de forma absoluta, porém facilmente modificável com a eleição de seus integrantes, mas não havia controle institucional, porque ele estava acima de todos os poderes da república, a exemplo do poder constituinte. Rosavallon diz que a resolução da aporia do júri decorre de sua natureza hierárquica, mas a hierarquia só é um problema se não há controle institucional, assim como existe aporia quando a instituição de controle não é controlável pelo povo. O que Rosanvallon, Madison, Thibaudeau e Louvet ignoraram foi que o poder do júri constitucional e do senado conservador, de Sieyès, assim

como o conselho de censores da Pensilvânia, era poder de impedir, de cassar a legislação, e não de estatuir. Neste sentido, o perigo representado pelo júri ou pelo conselho não seria diverso do perigo representado por qualquer autoridade que exerce a faculdade de vetar a lei. Quando o poder judicial ou o poder executivo, titularizado pelo rei, exerce o poder de veto absoluto, o povo fica impedido de renovar ou derrubar o veto por meio das eleições, não havendo controle algum sobre a faculdade de impedir, sendo obrigado a aguardar a morte ou recorrer a mecanismos de alteração do colegiado⁵⁴⁸ (a alteração do texto constitucional, como disse Franklin Delano Roosevelt, não garantiria a alteração da interpretação institucional, além disso, as emendas seriam igualmente submetidas a controle no Brasil).

Em uma situação ideal os dois requisitos deveriam estar simultaneamente presentes: o controle popular e o controle institucional. O primeiro não ocorre quando a faculdade de impedir é exercida por rei, juízes, ou outros órgãos não eleitos. O último não ocorre em uma assembleia constituinte, mas os opositores à proposta de Sieyès queriam que ocorresse na vigência da constituição, por qualquer órgão de fiscalização constitucional, ainda que atuasse com poderes constituintes, como ocorre com qualquer um que exerça a faculdade de impedir de maneira absoluta. Observa-se assim que, independentemente de se classificar o controle como hierárquico ou horizontal, a faculdade de impedir, fosse do rei, conselho, júri, senado ou corte, ao expressar o veto absoluto à legislação, não seria controlável institucionalmente por outro poder. O legislativo não podia controlar o poder de impedir do rei. A eleição permitiria, na melhor das hipóteses, certo grau de controle popular.

Nesse sentido, o recurso ao legislador admitiria a divisão do legislativo, permitindo que o executivo ou o judiciário vetassem a legislação, mas reuniria a faculdade de impedir e a de estatuir novamente, na pessoa do legislador, porque o poder de veto seria julgado, em última instância, no legislativo. Ambas as faculdades, de estatuir e impedir, estariam reunidas no mesmo poder, só que uma legislatura ficaria impedida de julgar a faculdade de impedir tendo sido ela própria a responsável pela criação da norma.

O controle judicial de constitucionalidade, ao permitir que uma corte não eletiva e vitalícia emita um veto absoluto à legislação, retira do povo o poder de derrubar esse veto.

⁵⁴⁸ Como quis Franklin Delano Roosevelt, ao sugerir o aumento do número de integrantes da Suprema Corte dos Estados Unidos. Ou o recurso à coroa, feito pela Câmara dos Comuns, para superar o veto absoluto da Câmara dos Lordes, criando um mecanismo decisório para superar o impasse.

Quando essa decisão, unicameral, não possui qualquer mecanismo institucional de controle, ela acaba padecendo das mesmas críticas que os opositores de Sieyès fizeram ao júri constitucional, agravado ainda mais pela ausência de controle popular. Se essa corte constitucional, além de cassar a legislação, passa a atuar positivamente, legislando, então se tem instaurado um poder maior que o poder legislativo francês, porque além de legislar, essa assembleia de indivíduos possui também o poder de julgar suas próprias leis, poder esse que sempre foi vedado pelos franceses ao poder legislativo, fosse ele constituinte ou não.

3.3.2 Recurso direto ao povo

O recurso direto ao povo vai de encontro ao que Sieyès propugnava ser uma característica do governo representativo francês e da soberania popular – a existência de um único órgão representativo apto a falar em nome do povo, substituindo-a por uma soberania dividida, que permitiria ao povo o poder de falar diretamente, em certas ocasiões, e não somente por intermédio de seus representantes. Sieyès acreditava que o recurso ao povo era próprio das democracias, enquanto que a eleição era própria dos governos representativos (caso da França), ele não concebia, nesse aspecto, uma democracia indireta. A Constituição brasileira de 1988, por outro lado, parece ter adotado a soberania popular dividida, ao estabelecer que o poder do povo fosse manifestado por representantes eleitos ou diretamente, nos termos do parágrafo único do art. 1º. Dentro desse espírito, a proposta de emenda à constituição nº 33 quis recorrer à via do recurso direto ao povo como árbitro do conflito entre os poderes. A proposta nº 33, porém, não foi a primeira medida de recurso ao povo imaginada pelos legisladores brasileiros. Em 2003, tramitou na Câmara dos Deputados a PEC nº 157, cuja proposta instituía uma assembleia de revisão para funcionar por um ano. Nos termos da proposta, o mecanismo de alteração da constituição seria mais flexível que o atual, permitindo a votação das emendas por maioria absoluta, em dois turnos, promulgados em conjunto por um único ato, impondo, não obstante, a realização de um referendo nacional que sancionasse suas disposições.

O recurso direto ao povo teria elementos vantajosos. Sendo uma manifestação direta de todos os cidadãos, não se poderia negar seu caráter popular; tampouco poderia ser questionada a natureza constituinte da consulta, já que o povo estaria manifestando sua voz

diretamente; se as decisões dos representantes eleitos do povo são legítimas por serem escolhidos do povo, o que se dirá da decisão expressa pelo povo sem intermediários. Além disso, a questão do controle popular da assembleia é superada, já que o povo fala diretamente. Finalmente, o povo seria um árbitro imparcial por excelência, pois sendo ele a vítima, seria também o juiz, não podendo nunca ser confundido com algum dos poderes constituídos e estando acima de todos eles. Caso, ainda, houvesse dúvidas quanto à hierarquia das manifestações plebiscitárias ou referendárias do povo direto e o estatuído pela assembleia constituinte, seria obedecida sempre a última manifestação popular.

Sendo o povo o único árbitro legítimo, seria preciso definir, inicialmente, quem poderia convocá-lo. A resposta imediata concederia essa faculdade a qualquer departamento que se sentisse violado por outro. Há, porém, uma desvantagem grave para essa sugestão. Imagine-se o caso de um projeto de lei que tramita no poder legislativo, julgando-o inconstitucional, o chefe do executivo poderia recorrer contra a proposta, convocando o povo para se manifestar sobre o assunto, ou, já tendo sido transformado em lei, poderia convocar o povo a se manifestar a favor do veto presidencial. Nada impediria o executivo de recorrer ao referendo popular com frequência, pelo contrário, o recurso ao povo seria um instrumento muito útil contra um legislativo que lhe fizesse oposição, mas, ao fazê-lo com constância, estaria anulando o poder legislativo ordinário, substituindo-o pelo poder legislativo direto do povo.⁵⁴⁹ Com isso, o recurso ao povo por qualquer um dos departamentos do governo, ao ser realizado com frequência, acabaria por eliminar todos os mecanismos de controle institucional ou de contrapoder, além de inviabilizar o exercício do poder constituído que fosse constantemente denunciado ao povo. Ainda que o povo, reiteradamente, se colocasse a favor do legislativo, em virtude da demora e da necessidade de mobilização para instrumentalizar a consulta popular, o executivo seria bem sucedido em sua ambição obstrutiva, até as novas eleições.

Em uma percepção semelhante do problema dos referendos convocados pelo executivo, Bruce Ackerman afirmou que os presidentes não deveriam exercer o poder do referendo, pois temia que suas propostas pudessem ser utilizadas para obter vantagens

⁵⁴⁹ Disposição semelhante ocorre no art. 71 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 1999, que concede ao Presidente da República, além da maioria da Assembleia Nacional ou de dez por cento dos eleitores, a faculdade de convocar referendos populares para tratar de “matérias de especial transcendência nacional”. Tal medida tem deflagrado diversas crises entre governo e oposição, pois o poder constituinte é convocado quando um ramo do governo quer atacar o outro.

pessoais ou partidárias, ao invés de expressar uma opinião equilibrada, assim, sua sugestão é que o Congresso aprovasse os termos da proposta, por exemplo, por dois terços. Além disso, ele sugere um teste temporal, em que a proposta de reforma constitucional fosse prorrogada no tempo, colocando os envolvidos em uma espécie de “véu da ignorância” acerca de seus resultados.⁵⁵⁰

Além da sugestão de Ackerman, outras medidas foram imaginadas para superar esse problema. Thomas Jefferson, em suas notas sobre o Estado da Virgínia, defendia a instauração da convenção quando houvesse concordância de dois dos três ramos do governo, cada um pelo voto de dois terços de seus respectivos membros, em alterar a constituição ou “corrigir suas falhas”. O argumento de defesa do dispositivo acreditava que, como o povo era a única fonte legítima de poder, provindo dele a carta constitucional que distribui os poderes dos diferentes departamentos, parecia perfeitamente consonante com a teoria republicana recorrer-se à mesma autoridade, não apenas para ampliar, reduzir ou remodelar os poderes do governo, mas sempre que qualquer um dos três ramos invadisse as atribuições constitucionais dos outros.⁵⁵¹ A proposta invocava, nesse caso, que o recurso ao povo fosse confirmado por dois poderes.

A PEC nº 33 autorizava apenas o Congresso Nacional a convocar a consulta popular. A medida excluía o recurso dos poderes executivo e judiciário. No caso do poder judiciário, especificamente, não faria sentido prever o recurso, em virtude do veto absoluto que o controle de constitucionalidade brasileiro vigente é capaz de proporcionar. O referendo, portanto, seria o único caminho para o legislativo restabelecer sua decisão, convertendo um veto absoluto em suspensivo, em que o povo arbitraria qual dos dois departamentos teria

⁵⁵⁰ ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional*, pp. 532-533.

⁵⁵¹ “His proposition is, “that whenever any two of the three branches of government shall concur in opinion each by the voices of two thirds of their whole number, that a convention is necessary for altering the constitution, or correcting breaches of it, a convention shall be called for the purpose.” As the people are the only legitimate fountain of power, and it is from them that the constitutional charter, under which the several branches of government hold their power, is derived; it seems strictly consonant to the republican theory, to recur to the same original authority, not only whenever it may be necessary to enlarge, diminish, or new model the powers of government; but also whenever any one of the departments may commit encroachments on the chartered authorities of the others. The several departments being perfectly co-ordinate by the terms of their common commission, neither of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers: and how are the encroachments of the stronger to be prevented, or the wrongs of the weaker to be redressed, without an appeal to the people themselves, who, as the grantors of the commission, can alone declare its true meaning, and en force its observance?”. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 49.

razão. No caso, porém, do poder executivo, a situação era diferente, porque o mecanismo de derrubada do veto presidencial pelo Congresso Nacional retiraria do presidente a possibilidade de invocar o povo, quando seu veto fosse anulado. Diante da usurpação da função executiva, restaria ao Presidente da República exercer o veto suspensivo ou recorrer ao Supremo Tribunal Federal na tentativa de obter o veto “absoluto” ou a decisão do povo, a fim de submeter o legislativo ou obrigá-lo a recorrer ao povo. O executivo, porém, precisaria da concordância do judiciário, nos moldes do projeto da Constituição da Virgínia.

Outras alternativas engenhosas ainda devem ser mencionadas. Em alguns regimes parlamentaristas, diante do conflito entre legislativo e executivo, o presidente poderia dissolver a câmara, mas o uso dessa faculdade normalmente era condicionada a requisitos de ordem prática que dificultava o seu emprego, exigindo, por exemplo, a anuência do Senado. Outra solução foi proposta por Borges de Medeiros, um defensor do poder moderador, que propunha um modelo constitucional em que a mediação entre os poderes seria realizada pelo presidente da república (titular do poder neutro e não do poder executivo). Medeiros, entretanto, previa a hipótese da assembleia nacional aprovar uma moção de censura contra o ministério ou um ministro, deixando ao presidente a alternativa de demiti-lo ou declarar por resolução ao poder legislativo as razões de sua manutenção no cargo. Caso a assembleia não se conformasse com a decisão presidencial, poderia reiterar ao presidente sua hostilidade ao ministro ou ao ministério. No caso do impasse entre o executivo e o legislativo, recusando-se o presidente a demitir o ministro ou ministério, seria convocado um referendo no Distrito Federal e nas capitais dos Estados. Se o referendo fosse favorável à assembleia, todo o ministério seria dissolvido, se o referendo fosse favorável ao ministério, seria dissolvida a assembleia. A assembleia também poderia convocar plebiscito, mediante anuência de dois terços de seus membros, para destituir o presidente, mas se o plebiscito fosse favorável ao presidente, seria dissolvida a assembleia.⁵⁵²

Seguindo o espírito de Benjamin Constant, Borges de Medeiros defendia que o poder moderador era o meio para impedir que o poder legislativo editasse leis tirânicas, que o executivo as executasse com dureza e o poder judiciário as aplicasse com injustiça. Os três poderes, dizia, marcham em harmonia ou estão em divergência.⁵⁵³ Quando os poderes

⁵⁵² Cf. o *Ante-projecto de Constituição Federal para o Brasil*, arts. 82, 89 e 90. MEDEIROS, Borges. *O poder moderador na república presidencial*, pp. 131, 136-138.

⁵⁵³ MEDEIROS, Borges. *O poder moderador na república presidencial*, pp. 71-75.

divergem entre si, gerando imobilidade ou anarquia, torna-se necessário uma força para colocá-los no lugar, uma força de fora, neutra, separada dos poderes executivo, legislativo e judiciário. O poder moderador era o centro da unidade, do equilíbrio e harmonia dos outros poderes. Sua proposta em muito lembrava a ideia de unidade externa de Sieyès com o júri constitucional, mas, para Borges de Medeiros, a divisão das vontades era algo próprio do corpos coletivos, razão pela qual, diferente de Sieyès ou mesmo de Madison e Rosanvallon, ele deveria ser dado a uma pessoa e nunca a uma assembleia:

Só um poder supremo, neutro, mediador, moderador, separado e independente dos outros poderes, há de fazer que o presidente seja realmente não só o primeiro representante como também o primeiro magistrado da nação, contando que se lhe não conceda outra missão senão a de “corrigir os desvios, moderar os excessos, e contêr em suas respectivas orbitas aos outros poderes, sobre os quais velará incessantemente”.⁵⁵⁴

O interessante na teoria de Borges de Medeiros era que todas as vezes que um dos poderes, fosse o moderador, fosse o legislativo, optasse pelo recurso direto ao povo para dirimir um impasse constitucional, era prevista uma sanção popular ao poder perdedor. A controvérsia poderia ser entre executivo e legislativo ou entre o presidente e o legislativo, qualquer que fosse o resultado, um dos poderes seria dissolvido. A sanção, portanto, faria com que cada poder ponderasse a gravidade, o risco e a urgência de se convocar o plebiscito, já que o seu resultado destituiria dos cargos o departamento perdedor.

Condorcet⁵⁵⁵ também propôs um mecanismo de censura do povo, distinto da sugestão anterior, em que a convocação era deflagrada independentemente da vontade legislativa, saindo das bases e não do governo. No projeto de constituição que apresentou à convenção girondina de 1793, Condorcet imaginou que qualquer cidadão poderia supervisionar a constitucionalidade dos atos praticados por seus representantes, podendo requisitar ao escritório de sua assembleia primária a deliberação de sua proposta. As assembleias primárias eram abertas aos cidadãos todos os domingos. Qualquer cidadão poderia apresentar sua petição, subscrita por cinquenta cidadãos do mesmo distrito, para que fosse apresentada no domingo seguinte. Sendo aprovada a proposta, era levada às demais assembleias primárias da comuna. O procedimento deflagrava a sujeição do requerimento a diversas instâncias deliberativas primárias, exigindo sua confirmação pela

⁵⁵⁴ MEDEIROS, Borges. *O poder moderador na república presidencial*, pp. 75-76.

⁵⁵⁵ Cf. Título VIII do *Plan de Constitution presente a la Convention Nationale, les 15 & 16 Février, 1793, l'an II de la République*, Paris, Convention Nationale, 1793.

maioria. Se a lei fosse considerada inconstitucional, o corpo legislativo deveria ser renovado e os membros que tivessem votado a favor da lei impugnada estariam impedidos de se reelegerem.

O desafio, portanto, em colocar o povo direta e continuamente como jurado constitucional, é inviabilizar o governo representativo e o *check and balances*. Se a soberania dividida permite que o poder legislativo seja manifestado tanto pelos representantes do povo como pelo povo diretamente, o recurso constante ao povo acabaria por acumular toda soberania nesse último. Se somente o povo é capaz de atuar imparcialmente na solução da crise entre os poderes da república, o contrapoder ou o freio institucional é enfraquecido e substituído por um juiz neutro. Cabe até mesmo indagar se é necessário um mecanismo de freios e contrapesos, diante da existência de um vigilante acima de todos os departamentos, competente para dirimir as controvérsias.

Por essa razão, Madison se colocava fortemente contrário a árbitros, juízes ou conselhos de censores externos, como também à consulta constante ao povo. Madison dizia que toda vez que o governo apela ao povo, acaba por admitir um defeito que compromete sua estabilidade e respeito institucional. Além disso, afirmou, o preconceito do povo poderia ser utilizado como vantagem. Quando a constituição americana foi criada, a situação delicada e perigosa pela qual passavam os Estados Unidos propiciou união e concórdia, mas uma nova consulta não poderia contar com esse fator agregador (o medo) e o sentimento de entusiasmo pelo novo governo. Entretanto, a maior objeção de Madison às consultas populares baseava-se em sua crença na impossibilidade de o povo ser capaz de manter um equilíbrio constitucional do governo. Como o legislativo era o poder que provavelmente mais usurparia as prerrogativas constitucionais (diferente de Sieyès que acreditava que o rei seria o maior risco), as convenções acabariam sendo convocadas pelo judiciário e executivo.⁵⁵⁶ Seu receio era que o povo ficasse sempre do lado do poder legislativo. O povo, assim, decidiria com base nas paixões e não com bom-senso.

Madison, então, indagou: a qual expediente dever-se-ia recorrer para assegurar a correta repartição dos poderes entre os departamentos nos termos da constituição? Para ele, qualquer medida externa era inadequada, incluindo o recurso ao povo, pois o defeito deveria ser corrigido, reinventando a estrutura interna do governo. O correto seria conceder

⁵⁵⁶ Cf. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 49.

a cada um dos poderes motivações pessoais e meios necessários para resistir às intromissões dos outros, devendo os meios de defesa serem proporcionais aos ataques. Na mesma linha de Montesquieu, para Thibaudieu, a ambição serviria para defender a ambição:

If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. **A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions.** (grifo nosso)⁵⁵⁷

Diferentemente de Montesquieu ou Thibaudieu, Madison concluiu que, no governo republicano, o perigo de opressão vinha do legislativo, já que era a autoridade que necessariamente prevaleceria. O remédio para essa inconveniência era dividir a legislatura em diferentes ramos ou corpos (como também quis Thibaudieu) e dar a eles diferentes modos de eleição e diferentes princípios de ação, interligando-os minimamente. O veto absoluto, como medida de fortalecimento da magistratura executiva, poderia ser pensada, mas essa medida poderia não ser segura nem inteiramente suficiente, se isolada. Em momentos ordinários, o veto poderia não ser exercido com a firmeza devida ou em momentos extraordinários, perfidiosamente abusado. Para corrigir esse problema, haveria uma conexão entre o mais fraco (poder executivo) e o setor mais fraco do ramo mais forte (senado). Madison disse que, normalmente, em uma república, todo o poder do povo era dividido em ramos independentes. No caso americano, o poder outorgado pelo povo era inicialmente dividido em dois governos distintos, União e Estados, e depois a porção de cada um era subdividida em diferentes ramos, aumentando o controle recíproco. Ao optar por esse modelo, Madison demonstrava seu apreço por um governo em que não houvesse quaisquer formas de concentração do poder, dividindo-o não apenas em departamentos, como também em relação ao território, sendo essa a essência do federalismo.

A intenção de Madison era dividir o poder do povo para aumentar o controle recíproco. Não bastava, portanto, defender a sociedade dos governantes, mas defender a sociedade de si mesma. Madison temia que uma parte da sociedade fosse capaz de oprimir a outra, fato que poderia ocorrer nos regimes plebiscitários e referendários, com isso, a sociedade deveria ser fragmentada em tantas partes, interesses e classes que os indivíduos e

⁵⁵⁷ Cf. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 51.

as minorias estivessem pouco ameaçados por maquinações da minoria: “In a society, under the forms of which the stronger faction can readily unite and oppress the weaker, anarchy may as truly be said to reign, as in a state of nature, where the weaker individual is not secured against the violence of the stronger”.⁵⁵⁸

Os mecanismos plebiscitários e referendários institucionalizariam algo que Madison temia: o risco da ditadura da maioria sobre a minoria. Invocando o povo para dirimir as controvérsias, estaria sendo concentrada toda a soberania em um único momento, não havendo limites às manifestações majoritárias do povo, sobretudo quando compreendida a dimensão constituinte do ato. A preocupação de Madison levava à controversa possibilidade de o povo, nos atos de consultas, tyrannizar a si próprio ou oprimir uma parcela menor da população, sabendo que os plebiscitos normalmente empregam o critério majoritário.

O critério majoritário, porém, seria capaz de expressar a vontade do povo ou haveria outro meio adequado para sua manifestação? Bruce Ackerman, por exemplo, escreveu que as manifestações do povo, em seus momentos extraordinários, deveriam ser profundas, amplas e decisivas. O voto majoritário, ao ser empregado, poderia gerar distorções a respeito da real vontade da comunidade. O autor cita o paradoxo de Condorcet, no qual as preferências do eleitorado são organizadas em três ou mais alternativas e nenhuma delas alcança a maioria. Escolher a mais votada implicaria a preferência pela opção minoritária. Para encontrar a verdadeira alternativa, seria necessário confrontar as alternativas umas com as outras, para chegar à opção mais vantajosa, ou pelo menos, àquela menos rejeitada por todos os votantes.⁵⁵⁹ Mas mesmo o critério de Condorcet seria falível diante de uma maioria cíclica, isto é, naquelas hipóteses em que as preferências secundárias se alternassem, tornando insolúvel a resolução da matéria.⁵⁶⁰

Ackerman refere-se a um tipo de erro denominado falso positivo, em que uma proposta é considerada vencedora, apesar de ter falhado em alcançar a metade mais um. É o que ocorre, por exemplo, em sistemas de votação pela maioria simples.⁵⁶¹ O oposto do falso positivo seria o falso negativo, em que apesar de existir a maioria, não se admite a

⁵⁵⁸ Cf. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 51.

⁵⁵⁹ Cf. ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, p. 378.

⁵⁶⁰ Cf. DAHL, Robert. *La democracia y sus críticos*, p. 176.

⁵⁶¹ Mesmo a opção por segundo turno não parece ser suficiente para sanar o problema, porque só seriam levadas à segunda votação as duas opções minoritárias mais votadas. Isso significa que a segunda preferência mais popular, por exemplo, poderia ser da opção que ficou em terceiro lugar e, quando confrontada com a primeira ou a segunda, faria com que essa proposta saísse vencedora.

aprovação da proposta. Nenhum tipo de erro pode ser eliminado, sendo que o sistema de votação funciona da seguinte maneira: quanto mais difícil for a identificação legislativa, menor a probabilidade de falso positivo, porém, maiores serão as chances do falso negativo e vice-versa. Ackerman entende que, em uma fase inicial de deliberação, na qual apenas se analisa o cabimento da proposta, o erro do falso positivo seria mais aceitável, uma vez que o falso negativo assentaria barreiras que fariam com que os inovadores recorressem a meios violentos ou elitistas de transformações fundamentais.⁵⁶² Ackerman, porém, não parece defender o emprego do falso positivo nos momentos posteriores, ao escrever que o desafio autoconsciente à constituição inaugura um momento de mobilização pública e deliberativa. Embora se coloque favorável ao emprego cauteloso dos referendos⁵⁶³ e sua formalização institucional, Ackerman reconhece que essa prática difere do modelo norte-americano. Os testes de Condorcet, que denunciariam o paradoxo majoritário, seriam repetidos por um movimento que deveria ser capaz de sensibilizar uma maioria verdadeiramente mobilizada, expressa em um segundo turno de testes institucionais, como ocorre com as sucessivas votações das propostas legislativas prescritas pela constituição americana.⁵⁶⁴

Não obstante, o emprego da ratificação de três quartos dos legislativos ou da maioria de três quartos de convenções, previstas no art. 5º da Constituição norte-americana, também são questionáveis. Ao estabelecer que a vontade seja expressa por intermédio de maiores estaduais,⁵⁶⁵ em detrimento a consultas diretas, surge igualmente questionamento sobre a correta tradução do sistema de votação e a vontade real do povo. O art. 2º da Constituição, por exemplo, determina que a eleição do Presidente da República se dará pela maioria de eleitores do Colégio eleitoral. Na última eleição presidencial dos Estados Unidos, ocorrida em 2016, o candidato Donald Trump recebeu 46,4 por cento dos votos populares e sua oponente, a candidata Hillary Clinton, recebeu 48,2. Apesar dessa votação, Donald Trump consagrou-se vencedor por ter obtido a maioria dos delegados dos Estados. A discrepância entre os votos populares e o resultado do colégio eleitoral levou a senadora democrata Elizabeth Warren a afirmar que a maioria dos eleitores americanos apoiava um

⁵⁶² ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, p. 387.

⁵⁶³ ACKERMAN, Bruce. *Transformações do direito constitucional*, p. 531.

⁵⁶⁴ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, p. 397.

⁵⁶⁵ Embora Ackerman não restrinja a manifestação da vontade do povo apenas a instrumentos formais de votação.

Presidente democrata e não um republicano.⁵⁶⁶ Jornalistas chegaram a escrever que o colégio eleitoral foi um mecanismo instituído para frear a soberania popular e profanar a democracia.⁵⁶⁷ Na verdade, porém, de acordo com o paradoxo de Condorcet e o falso positivo, tampouco Hillary Clinton poderia ser aclamada como a candidata preferida pela maioria do povo, ela apenas foi a mais votada. Sabendo que os candidatos Gary Johnson e Jill Stein tiveram cerca de 5 por cento dos votos, seria preciso o confronto entre todos para realmente saber como as preferências secundárias se imporiam, torcendo para que não houvesse o risco do resultado cíclico, já que ela não conseguiu mais da metade de todos os votos. Com isso, na medida que um terceiro ou quarto candidato venha a receber um percentual maior de votos, aumenta-se ainda mais a probabilidade de discrepância entre o resultado do colégio eleitoral e o resultado da consulta direta.

Toda essa discussão demonstra a dificuldade em traduzir em decisão aquilo que constituiu o desejo de uma massa de indivíduos; a mera instituição do voto facultativo já seria capaz de inviabilizar que qualquer decisão tivesse um apelo majoritário real. Em uma votação majoritária, na qual nenhum das propostas atinge mais da metade de votos, a maioria simples ou relativa poderia traduzir, tão somente, a vontade de uma minoria mais votada. Seria, correto, diante dessa constatação, recorrer a supermaiorias? Tornou-se comum exigir que decisões constitucionais, como também as votações relativas à derrubada de vetos ou *impeachment* fossem qualificadas, em virtude da importância de suas matérias. Mesmo Rousseau, ao tratar do sufrágio, parece ter compartilhado esse ponto de vista, ao narrar que a diferença entre um voto romperia a igualdade, enquanto um único opositor romperia a unanimidade, mas entre unanimidade e igualdade existiriam diversos quinhões desiguais:

Duas máximas gerais podem servir para regulamentar essas relações: uma diz que, quanto mais importantes e graves as deliberações, tanto mais a opinião que as provoca deve aproximar-se da unanimidade; a outra diz que, quanto mais celeridade exigir o assunto em questão, tanto mais se deve abreviar a diferença prescrita na divisão das opiniões: nas deliberações em que se precisa resolver imediatamente, deve bastar a diferença de um voto. A primeira dessas máximas parece mais conveniente às leis, e a segunda, aos negócios. De qualquer modo, pela sua combinação estabelecem-se as melhores relações que se podem dar à pluralidade para pronunciar-se.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Entrevista disponível em: <https://www.bostonglobe.com/news/politics/2016/11/28/watch-elizabeth-warren-deliver-remarks-century-cures-bill/puYXC43Mm412XMysZxXBfN/story.html>

⁵⁶⁷ Entrevista disponível em: <https://www.thenation.com/article/the-electoral-college-desecrates-democracy-especially-this-time/>

⁵⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro IV, capítulo II.

Todavia, o equilíbrio preconizado por Rousseau entre os dois mecanismos encontraria diversas objeções na visão de Robert Dahl. Primeiramente, o poder de veto da minoria reduziria o número de cidadãos capazes de exercer a autodeterminação, que se maximiza com a norma majoritária, mas especialmente porque os requisitos supermajoritários dão primazia ao *status quo* preservando eventuais injustiças vigentes frente a reformas que uma decisão majoritária poderia implantar.⁵⁶⁹ Parece ser exatamente essa a ideia de grande mobilização de Bruce Ackerman que Robert Dahl critica. A imposição de supermaiorias traduz o preceito no qual a regra vigente deve continuar a vigorar diante da ausência de uma grande mobilização, permitindo que uma minoria conservadora seja capaz de paralisar uma maioria inovadora. Talvez, a opção pela supermaioria se justificasse reconhecendo que o veto minoritário só seria empregado negativamente, a fim de bloquear as ameaças majoritárias aos direitos, sem ser capaz, entretanto, de impor um dano efetivo às maiorias. Talvez, diante do risco entre o falso positivo, expresso em uma minoria que age, e o falso negativo, fosse melhor optar pelo último, em que a minoria só é capaz de vetar, nunca de agir. Mas Dahl diz que esse argumento é falso. O risco da tirania da maioria não pode ser substituído pela tirania da minoria. Um sistema majoritário democrático não assegura garantias constitucionais primordiais da minoria, da mesma maneira que um sistema não majoritário é incapaz, por si só, de impedir que uma minoria, amparando-se em sua situação protegida, não inflija danos a uma maioria, abusando de suas oportunidades de veto.⁵⁷⁰ Ackerman acredita que pautas polêmicas, como o aborto, fazem com que apoiadores e críticos pressionem o processo legislativo, dando ênfase à falta de um consenso amplo e sólido em direção a futuras modificações.⁵⁷¹ Não há razões para crer, todavia, que esse amplo consenso virá algum dia. Enquanto isso, a regra de *Roe versus Wade* impera contrária à vontade dos apoiadores do movimento *pro life*. Fosse o caso brasileiro, a regra imperaria em desfavor do movimento *pro choice*. Em ambos os casos, não se pode concluir que a falta de consenso, devido ao veto minoritário, não causa danos à maioria que queira modificar a regra, pelo contrário, causa tantos danos como se tivesse perdido uma votação na qual a proposta oposta foi aclamada.

⁵⁶⁹ A opção pelo *status quo* violaria o postulado de neutralidade entre as propostas que são asseguradas pela regra majoritária, conforme o teorema de Kenneth May. Cf. DAHL, Robert A. *La democracia y sus críticos*, pp. 168-170 e 184-185.

⁵⁷⁰ DAHL, Robert A. *La democracia y sus críticos*, pp. 168-170; 184-185.

⁵⁷¹ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, p. 377.

A opção binária de consulta resolveria o paradoxo de Condorcet, que só ocorreria com três alternativas. Ao convocar plebiscitos ou referendos ao povo, seria possível formular a pergunta nos termos imaginados no plano de constituição girondina,⁵⁷² em que o povo diria sim ou não pela revogação da norma impugnada. Contudo, ainda que não houvesse dúvidas quanto à adesão majoritária forçosa, pela natureza binária de manifestação, essa seria a opção de um mundo mais simples e menos realista, por simplificar drasticamente o mundo real da política.⁵⁷³ Com isso, em meio a tantas objeções, uma constatação possível seria concluir que qualquer norma de decisão coletiva poderia produzir resultados arbitrários ou carentes de significação, mas Dahl é otimista.⁵⁷⁴ Ele acredita que a conclusão acerca do melhor regra de decisão coletiva, majoritária ou qualificada, deveria ser tomada depois de uma cuidadosa avaliação das circunstâncias de cada povo, como a homogeneidade e a volatilidade entre maiorias e minorias.⁵⁷⁵ O ponto a ressaltar, porém, é que as críticas e os problemas relativos às consultas diretas ao povo são replicados em qualquer espaço de decisão coletiva, seja na maioria dos cidadãos, na maioria do parlamento ou na maioria da corte. Quando a PEC nº 33 propôs a alteração do quórum de majoritário, atualmente em vigor no art. 97 da Constituição Federal, estipulando que o Supremo Tribunal Federal só poderia declarar uma lei inconstitucional mediante voto de quatro quintos de seus membros, o ministro Gilmar Mendes afirmou que a proposta poderia inviabilizar a atuação da corte, pois a maioria absoluta já gerava uma dificuldade, agravada pelo quórum de dois terços necessários para modular os efeitos da decisão.⁵⁷⁶ Entretanto, o

⁵⁷² Cf. Art. 21, Título VIII do *Plan de Constitution presente a la Convention Nationale, les 15 & 16 Février, 1793, l'an II de la République*, Paris, Convention Nationale, 1793.

⁵⁷³ DAHL, Robert A. *La democracia y sus críticos*, p. 166.

⁵⁷⁴ Outra conclusão pessimista seria a constatação de que a maioria nunca governa. A massa seria dominada por uma minoria manipuladora, cujo propósito seria ganhar a boa vontade das massas, seu consentimento e apoio para impor-lhes a dominação, como imaginava Marx, Gramsci ou Mosca. Cf. DAHL, Robert A. *La democracia y sus críticos*, pp. 187-195 e 318-336.

⁵⁷⁵ Nesse sentido, Anthony Arblaster afirma que uma democracia em que grupos étnicos, religiosos ou políticos estão permanentemente em minoria e, portanto, na oposição, está sujeita à instabilidade e pode perder legitimidade. Em circunstâncias extremas, uma minoria que se encontre nessa situação poderia resolver se separar e criar uma sociedade e estado em que constitua a maioria: “Um dos perigos dos sistemas majoritários é que as maiorias estão sempre prontas a esquecer que noutro contexto poderiam constituir uma minoria. Outro é a facilidade com que se parte do princípio de que na política verdadeiramente democrática deve ser a maioria de cada estado-nação a ter o direito de decidir sobre todos os assuntos. A pergunta sobre qual maioria é relevante, aquela que deve decidir, é uma pergunta que sempre precisa ser feita”. Cf. ARBLASTER, Anthony. *A democracia*, p. 110.

⁵⁷⁶ Cf. entrevista publicada no Conjur, escrita por Rodrigo Haidar. Ministros criticam submeter decisões do STF ao Congresso. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/ministros-criticam-pec-submete-decisoes-stf-congresso>. Acesso em: 15 abr 2017.

argumento conservador que é válido para impor supermaiorias para o povo também deveria ser válido para qualquer instituição que decidisse a respeito da constitucionalidade da lei, a razão por que se rejeita uma, não é diferente da razão por que se rejeita a outra. Como disse Jeremy Waldron, ao se crer que todas as pessoas têm o direito de opinar sobre determinado assunto, não se pode fazer outra coisa a não ser estabelecer um procedimento para contar e de algum modo avaliar as milhares de opiniões individuais, sendo um erro defender que a decisão desses cidadãos deveria ser excluída, a fim de reduzir o caráter impessoal das consultas diretas.⁵⁷⁷

Ignorados, entretanto, a crítica da tirania da maioria e dos vícios inerentes ao sistema majoritário, ainda persistiria uma advertência de Madison: que o recurso constante ao povo fragilizaria o sistema representativo e o *check and balances*. Contudo, Madison não havia descartado o povo completamente, ele próprio ressaltava a importância de o povo ser consultado em circunstâncias extraordinárias.⁵⁷⁸ Sua ideia de apelo ao povo, é clara – não se pode recorrer ao povo permanentemente como solução para fiscalizar as atribuições legais dos três ramos do governo. Porém, em que circunstâncias caberia o recurso episódico? Nesse ponto, a fala de Madison não é muito esclarecedora. Madison, no final do artigo 49 e no início do artigo 50, critica tanto as consultas ocasionais como as consultas periódicas, fazendo o leitor indagar qual teoria de apelo ao povo seria essa que defenderia sua convocação extraordinariamente, mas não ocasional. No artigo 51, Madison já parece superar por completo as consultas populares, denunciando a inadequação de *todas* as medidas externas de correção dos departamentos, o que leva a questionar qual papel teria o povo em sua teoria de governo.⁵⁷⁹

A visão de Madison sobre a função do povo e sua recusa em vê-lo como um recurso útil de fiscalização dos poderes é compartilhada por inúmeros teóricos. Resumidamente, a crítica de um recurso ao plebiscito, referendo ou outros mecanismos de natureza constituinte, fariam com que, em última análise, a distinção entre poder constituinte e poder constituído deixassem de existir, transferindo a solução de todos os problemas para a

⁵⁷⁷ WALDRON, Jeremy. *Derechos y desacuerdos*, pp. 132-133.

⁵⁷⁸ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 49.

⁵⁷⁹ Madison, ainda, irá considerar como característico do governo representativo americano a exclusão total da capacidade coletiva do povo: “*The true distinction between these and the American governments, lies in the total exclusion of the people, in their collective capacity, from any share in the latter, and not in the total exclusion of the representatives of the people from the administration of the former*”. Cf. MADISON, James, *Federalist papers*, nº 63.

decisão popular. Em última análise, a própria separação de poderes, instituída na constituição, perderia sua função, já que a autoridade máxima constitucional instituiria a norma e zelaria por sua obediência. Essa medida definharia qualquer possibilidade de equilíbrio constitucional, por tornar obsoletos os mecanismos de veto recíproco entre os poderes obsoletos.

3.3.3 A réplica do governo equilibrado: o pré-compromisso do povo

Bruce Ackerman acredita que Madison (Publius) estava determinado a projetar um sistema de governo que fosse capaz de controlar as facções, por meio da separação de poderes, no qual o povo em si só seria acessado nos períodos de raras crises constitucionais. Madison entendia, segundo Ackerman, que o povo não seria capaz de transcender o risco das facções em situações *normais*, razão pela qual a separação de poderes seria uma precaução acessória. Entretanto, independente da importância dos mecanismos de *check and balances*, o sistema confiaria, em última instância, na capacidade do povo.⁵⁸⁰ A mensagem dualista aos juízes seria: “resista até que o povo anule ou modifique os moldes estabelecidos através de algum ato imperativo ou solene”.⁵⁸¹ As razões do povo devem controlar o governo, enquanto o governo deve controlar as paixões do povo.

Conclui-se dessa leitura que haveria o povo irracional, apaixonado, faccioso, insensível ao direito de todos os membros da comunidade e que se deixa convencer pela ambição populista de seus líderes, e um povo racional, capaz de controlar o governo. Mas quando exatamente surgiria o povo racional? Será que os plebiscitos e referendos seriam locais de manifestação do povo faccioso, irracional? Se sim, quando então o povo agiria racionalmente? O Sieyès revolucionário diria que a maior manifestação de um povo estaria em sua assembleia constituinte, sendo essa a única voz da nação. Não sendo essa a teoria correta, outra alternativa, a da soberania dividida, permitiria que a voz do povo se manifestasse em assembleias constituintes e manifestações diretas do povo. Essa noção de soberania dividida abordada anteriormente, todavia, é diferente da soberania dividida descrita por Madison. Como afirma Ackerman, os federalistas evitaram reconhecer qualquer

⁵⁸⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pp. 258-269.

⁵⁸¹ De imperativo e solene, Ackerman exclui a necessidade do ato ser jurídico. Essa ênfase está relacionada ao questionamento da legalidade da convenção da Filadélfia. Cf. ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, p. 270.

governo como soberano, a única soberania era a do povo, mas nenhuma instituição representaria o povo. Não havia uma rota institucional de expressão da soberania⁵⁸² (diferente das assembleias francesas e do parlamento inglês), porque o povo se manifestava por meio de uma mobilização revolucionária. A separação de poderes, diverso do que havia imaginado Montesquieu ou o modelo de governo misto, não deveria representar organicamente as potências sociais, mas problematizar o princípio de representação do povo.⁵⁸³ O povo poderia intervir se fossem traídos os princípios básicos da revolução, mas, para os federalistas, parece que todos seriam corruptíveis, inclusive o próprio povo.

Para conter o povo, era necessário que o povo contivesse a si próprio. Teorias dessa ordem foram denominadas de pré-compromisso e ganharam notoriedade especialmente na voz de Jon Elster e na estratégia de Ulisses. Partindo do pressuposto de que a fraqueza é capaz de impedir uma conduta racional,⁵⁸⁴ o povo racional se ataria à constituição como Ulisses se atou ao mastro. Rapidamente, assim, se relacionou as decisões do povo de qualidade superior aos momentos constituintes, restando à política ordinária, as decisões de qualidade inferior povo. Juan Carlos Bayón alegou três motivos de discordância: a) diferente de Ulisses, o povo que se atava não era o mesmo, levantando o questionamento se seria possível que os mortos governassem os vivos, já que não haveria “uma” opinião do povo e sim o desacordo; b) a diferença entre os atos constituintes e ordinários (meramente legislativos) seriam contingentes e não qualitativos, tampouco se poderia concluir que as maiorias reforçadas seriam mais lúcidas que as maiorias simples; e, mais importante, c) não existiria autolimitação coletiva, apenas institucional:

Al menos, no mientras la Constitución contenga principios extraordinariamente abiertos cuyo alcance va a ser fijado por las interpretaciones del órgano de control: porque entonces la comunidad no se fuerza a hacer en t_2 exactamente aquello que en t_1 quería hacer en t_2 , sino aquello que en t_2 decida (por mayoría) el órgano de control que es el sentido más defendible de aquellos límites fijados en abstracto en t_1 . Esto no es disponer *ex ante* del control de limitaciones autoimpuestas: es simplemente ponerse en manos del juicio de otro. La diferencia es demasiado grande como para pretender que se trata de mecanismos análogos que preservan por igual la autonomía a largo plazo de los que ponen límites a sus acciones futuras.⁵⁸⁵

Era problemático, portanto, atrelar racionalidade ao momento constituinte e irracionalidade ao momento constituído. Para os franceses, a importância da constituição

⁵⁸² Talvez, a única possível fosse o difícil processo de aprovação de emendas prevista no art. 5º.

⁵⁸³ Cf. ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pp. 302-303.

⁵⁸⁴ ELSTER, Jon. *Ulisses y las sirenas*, pp. 66-84.

⁵⁸⁵ BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitución*, pp. 223-225.

era justamente trazer ordem frente ao caos ou violência que envolveria a criação da constituição. Se a vida política era dividida em momentos de racionalidade e irracionalidade, talvez, os períodos revolucionários constituintes fossem mais apropriados para representar a loucura de Ulisses. Apesar disso, autores favoráveis ao pré-compromisso, como Stephen Holmes,⁵⁸⁶ tentaram rebater as razões de Bayón arguindo que mortos e vivos constituiriam um só povo. Toda sua argumentação partia da ideia de consentimento tácito de Madison (com clara inspiração Lockeana), supondo que o consentimento dos cidadãos à legislação era dado quando não invocavam seu direito de emenda e de derrogação, ainda que pudessem facilmente fazê-lo e sem temor a um castigo, expressando sua aprovação implícita ao marco legal, ou seja, o povo consentia com a constituição, ao aceitar se submeter mesmo quando pudesse facilmente modificá-la ou revogá-la.⁵⁸⁷

Holmes acreditava que os participantes da convenção americana incorporaram cláusulas conflitivas e ambíguas na Constituição, para satisfazer interesses rivais e obter o apoio majoritário, delegando, assim, essenciais poderes a seus descendentes. Com isso, o processo de criação de uma constituição continuaria muito depois de dissolvida a assembleia constituinte. De fato, nunca cessaria. Nesse sentido, os poderes “autorais” de gerações posteriores provavelmente seriam maiores do que aqueles dos primeiros constituintes. Livres da enorme tarefa de dar início e de legitimar um novo regime em período de dificuldades, seus sucessores poderiam dedicar-se por completo a alcançar objetivos políticos particulares. Nos Estados Unidos, diversas inovações teriam sido introduzidas, sem a invocação do procedimento de emenda formal.⁵⁸⁸

A separação de poderes, em seu ponto de vista, ampliaria a autoridade do povo no lugar de debilitá-la. Ele lembra que o rei, ao criar juízes independentes, tirava a cólera sobre si e a dava contra os magistrados e juízes. Ao declinar do poder de castigar, na realidade, ele aumentava o seu poder, impedindo que as partes aplicassem uma pressão extorsiva sobre a coroa. A separação de poderes, portanto, ao dividir o poder, aumentaria o poder, mas também sustenta a democracia. Os constitucionalistas democratas usurparam o princípio

⁵⁸⁶ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, pp. 229-262.

⁵⁸⁷ Era, portanto, necessário assegurar que o povo pudesse ter a oportunidade ininterrupta de protestar e exercer pressão para aprovar uma revogação. HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, pp. 246-247.

⁵⁸⁸ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, pp. 246-247.

(divide e vencerás) e o empregaram no sentido contrário. Em vez de debilitar o governo, a separação de poderes ajudaria a assegurar as condições de um governo popular.⁵⁸⁹

Por que o povo deveria aceitar todas essas retrições? – indaga Holmes. No que responde: essas não são restrições, são o povo. Se o povo não ata suas próprias mãos, ele não terá mãos. A democracia, explicou, nunca é o governo do povo, senão sempre o governo do povo por certos canais pré-estabelecidos, de acordo com certos procedimentos pré-determinados, já que as decisões subsequentes se tomam sobre a base de decisões anteriores. Quando se vota num presidente, se vota em quem, não em quantos. Locke não quis que os legisladores fossem juízes de sua própria causa, dando ao rei o poder de reatribuir a tarefa de remediar brutas distorções (Holmes se referia ao poder de prerrogativa do rei para corrigir questões distritais). Essa negligente designação do poder de supervisão converteria os legisladores em juízes de sua própria causa. Esses limites deveriam ficar longe da legislatura eletiva, por exemplo, em um Tribunal. Para preservar a democracia, os votantes precisariam renunciar parcialmente ao poder de atribuição, retirando-os das mãos dos representantes eleitos e responsáveis. Este seria um exemplo de como funcionaria o paradoxo da democracia – os cidadãos podem aumentar seu poder atando a suas próprias mãos.⁵⁹⁰

Holmes, porém, assim como Madison, nunca propugnaram que uma Constituição fosse inalterável, apenas que o processo de emenda fosse complexo e dilatado, negando que a constituição pudesse pretender ter uma permanência absoluta, mas apenas relativa. Esse trecho possui especial apelo quanto à legitimidade das cláusulas pétreas no Brasil, especialmente quando Madison condiciona o conceito de concordância tácito à possibilidade de revogação da norma, se assim quisesse o povo vivo. As cláusulas pétreas, assim, por não permitirem sua derrogação, violariam a ideia de consentimento tácito?

Para responder essa indagação, é necessário entender o que significa, exatamente, uma cláusula pétrea. A Constituição da França de 1791, em seu Título VII, estabeleceu que a legislatura ordinária era impedida de alterar qualquer parte da Constituição. A constituição inteira era pétrea. Esta era uma disposição absolutamente coerente com o pressuposto no qual legislatura ordinária e constituinte eram dois legislativos distintos. A Assembleia de Revisão, com poder constituinte, só seria instaurada depois da autorização de três

⁵⁸⁹ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, pp. 249-253.

⁵⁹⁰ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, p. 253.

legislaturas ordinárias consecutivas, portanto, ao criar sua primeira constituição, os franceses optaram em retirar da assembleia legislativa ordinária qualquer autoridade constituinte, autorizando-a apenas a convocá-la. Mesmo atualmente, na Constituição de 1958, o art. 89 prevê limitações de natureza circunstancial e material, vedando a revisão constitucional nos casos de violação da integridade do território francês ou de substituição da forma republicana de governo. A divisão do poder constituinte em originário e derivado é uma tentativa de flexibilização da distinção entre poder constituinte e constituído, dispensando a eleição de assembleias de revisão todas as vezes que se queira alterar parte da constituição, confiando essa tarefa ao legislador ordinário. A cláusula pétrea é uma negação a esta flexibilização. Ela impera até que o poder constituinte seja restaurado, impedindo a legislatura ordinária de revogar suas disposições.

A Constituição de 1791 especificava *meios* de convocar o poder constituinte, mas sua instrumentalização era apenas para evitar novas revoluções. Tal como foi concebido por Sieyès, o poder da nação, que, para ele, estava no Terceiro Estado, não tinha forma pré-determinada e não era adstrito aos momentos estabelecidos pela constituição. No caso da Inglaterra, durante a Revolução Gloriosa de 1688, o Rei James II cancelou os decretos eleitorais e jogou o Brasão Real no rio Tâmis. Os membros da Câmara dos Comuns emitiram “circulares” que substituíam os decretos legais eleitorais. Os Comuns juntaram-se a alguns Lordes para se reunir em uma “Convenção”, que violava o princípio do *king in Parliament*, já que o rei James não estava presente. Com assunção de Guilherme de Orange, a Convenção converteu-se em Parlamento e *convalidou*, com a concordância do novo rei, os atos praticados pela Convenção. Os americanos se inspiraram no *Bill of Rights* dos ingleses para instaurarem sua própria Convenção, também ilegal, que foi *convalidada* pelos referendos estaduais, razão pela qual Publius teria se referido a um ato solene e imperativo, mas não jurídico.⁵⁹¹ O poder constituinte, portanto, pode se originar por convocação do próprio poder constituído, mas não se restringe apenas a suas expressões formais de convocação.

Diferente da afirmação de Holmes, podem existir canais pré-estabelecidos, mas o povo, a Câmara dos Comuns, a Convenção americana ou o Terceiro Estado, quando atua

⁵⁹¹ Para Ackerman, os ingleses teriam se preocupado com a convalidação dos atos, buscando a sanção real do novo rei, sendo que essa não foi uma preocupação para os federalistas. Cf. ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional*, pp. 97-108.

com poder constituinte, não é obrigado a cumprir esses canais. Não cumpriram os revolucionários franceses, os revolucionários americanos ou os revolucionários ingleses. Sua manifestação pode ser incerta; sendo incerta, é impossível o emprego jurídico para sua identificação, já que sua imposição é feita pela força, pela convalidação *a posteriore* e não pelo direito posto. Não existe, portanto, mecanismo jurídico-formal capaz de restringir a manifestação do poder do poder constituinte. O melhor que pode ser imaginado, na tentativa de lhe dar alguma ordem, é instituir, como disse Madison, formas extraordinárias de manifestação do povo ou permitir que o legislador ordinário, em certos casos, titularize essa autoridade. Quando uma constituição não tem cláusulas pétreas, ela permite que o legislador ordinário exerça o poder constituinte, enfraquecendo a distinção entre legislatura ordinária e extraordinária; isso não reduz, todavia, à máxima na qual o poder constituinte só se manifestará por emendas à constituição. A diferença, portanto, é do grau de autoridade que o legislador ordinário possui para alterar a carta constitucional vigente. As cláusulas pétreas, assim, não são imutáveis, elas apenas condicionam sua alteração à instauração do poder constituinte, que é instável por sua natureza.

No Brasil, a legislatura ordinária ficou impedida de abolir as cláusulas pétreas. A opção do constituinte brasileiro, como o francês de 1791 ou de 1958, foi condicionar a alteração dessa parte da constituição ao estabelecimento de uma constituinte. Não obstante, diferente da Constituição da França de 1791, a Constituição brasileira não especificou circunstâncias nas quais o poder constituinte do povo brasileiro se manifestaria, disse apenas que a soberania popular seria exercida por intermédio de seus representantes e consultas diretas. Considerando, porém, a história constitucional brasileira e a instauração da constituinte de 1987, o instrumento jurídico disponível do poder constituído para convocar o constituinte seria a emenda à constituição. As emendas no Brasil, portanto, podem alterar livremente a maioria do texto constitucional, com exceção das cláusulas pétreas. Para alterar essas matérias, o legislador apenas pode convocar o poder constituinte. Outra hipótese possível seria admitir a dupla revisão, alterando-se o art. 60 para, posteriormente, derrogar as cláusulas pétreas ou parte delas, o que, para muitos constitucionalistas, implicaria uma fraude constitucional, mas a fraude não existe, se não há distinção entre poder constituinte derivado e originário.

Em 2003, deputados federais tentaram flexibilizar a tramitação das emendas à constituição, convocando uma assembleia de revisão que vigeria por um ano. A limitação

que incidiria a essa proposta não teria restrição expressa no texto da Constituição de 1988, embora seja defendida pela maioria da doutrina constitucional brasileira como uma restrição material implícita.⁵⁹² A PEC nº 157 revisaria por maioria, em dois turnos de votação, diversos trechos da constituição⁵⁹³ e os promulgaria em um único ato, se as alterações fossem aprovadas por referendo popular. A proposta do referendo foi incluída pelo então deputado federal Michel Temer, com a função de *convalidar* o processo de revisão, já que as alterações ao texto seriam aprovadas por regras menos rígidas do que as previstas inicialmente no art. 60.⁵⁹⁴ Cristiano Paixão classificou a medida como elitista e cínica. Disse que a proposta instaurava um poder constituinte permanente, deixando em aberto a modificação das cláusulas pétreas, desde que a alteração recebesse aprovação popular. Além disso, comprometeria a distinção entre poder constituinte originário e derivado, transformando todo momento da política em um momento constitucional, dissipando a própria constituição como forma.⁵⁹⁵ Leonardo Barbosa acrescentou que a soberania popular, expressa na proposta da PEC nº 157, inaugurava um poder que não estava acima da Constituição, mas que a dispensava, inaugurando uma democracia sem constitucionalismo, a pior das ditaduras, um recurso próprio de ditadores como Hitler.⁵⁹⁶ Toda a explanação instilaria verdadeiro pânico no leitor – sem o pré-compromisso constitucional, restaria o nazismo. Evitou, porém, considerar que referendos e plebiscitos sejam sinônimos de regimes autoritários. É importante investigar qual o risco que Barbosa e Paixão temiam.

O povo expresso pelo referendo poderia ser visto de duas maneiras. A primeira consideraria que as manifestações diretas do povo a respeito de sua constituição são manifestações constituintes. Ao recorrer ao povo para convalidar uma revisão constitucional, o Congresso Nacional não estaria negando o poder constituinte, ao contrário, estaria o reconhecendo. Se o Congresso acreditasse estar investido de toda a autoridade constituinte, não haveria qualquer necessidade de recorrer ao povo para obter seu

⁵⁹² Art. 60, §2º da Constituição Federal de 1988: “A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

⁵⁹³ A proposta excluía a revisão das cláusulas pétreas, todavia, será mantida em aberto essa possibilidade apenas para testar a força dos argumentos favoráveis e desfavoráveis.

⁵⁹⁴ Cf. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Soberania popular e reforma constitucional: acerca da legitimação democrática da mudança constitucional*, p. 64.

⁵⁹⁵ PAIXÃO, Cristiano. *A Constituição subtraída*, p. 2.

⁵⁹⁶ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Soberania popular e reforma constitucional: acerca da legitimação democrática da mudança constitucional*, pp. 65-67.

beneplácito. É exatamente isso o que ocorre em assembleias “constituintes” não soberanas, quando o projeto é submetido à sanção popular, a verdadeira titular da soberania. Haveria, entretanto, como advertiu Paixão, o risco de se instaurar um poder constituinte permanente. A segunda visão consideraria que os referendos não são expressão do povo constituinte, mas constituído, estando adstrito aos termos estabelecidos na constituição, nos termos do art. 1º, parágrafo único. Não há que se falar, nesse caso, em poder constituinte permanente, já que ele não foi invocado, de modo que nem o Congresso, por meio de emenda, nem o povo, diretamente, poderia modificar o núcleo engessado da constituição.

A lógica constituinte dos defensores da segunda visão determina que o Congresso (poder constituído), por meio de uma emenda (poder constituinte derivado), convoque o povo para eleger representantes constituintes (poder constituinte originário). No caso da Constituição de 1988, diferente da constituição francesa de 1791, não há disciplina constitucional de convocação da constituinte, suscitando a dúvida se a emenda de convocação do poder constituinte seria, na verdade, expressão do poder constituinte derivado, já que, sendo ele proibido de instituir uma assembleia de revisão que revogasse as cláusulas pétreas, seria igualmente proibido de instituir uma assembleia que revogasse a constituição integralmente. A Constituição originária proibiria, da mesma maneira, a deliberação de um Congresso intencionado em revogar as cláusulas pétreas ou de um Congresso intencionado em revogar todas as cláusulas, já que esta última é mais grave que a primeira. Se um Congresso, poder derivado, pode convocar uma constituinte para revogar toda a constituição, então ele pode convocar uma constituinte para revogar as cláusulas pétreas. A diferença é que na PEC nº 157, o Congresso (poder constituído), por meio de uma emenda (poder constituinte derivado), convoca o povo, em vez da assembleia, para manifestar-se sobre a revisão da constituição. O procedimento de convocação de um não é diferente do procedimento de convocação do outro, no fim, quem determinou se o constituinte seria uma assembleia ou o povo diretamente foi o mesmo poder derivado, se é correto ainda dizer que esse é um poder derivado, já que, na realidade, sua autoridade não vem da constituição. O único argumento que poderia ser imaginado para diferenciar a PEC nº 157 da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 é defender que o poder constituinte nunca poderia se manifestar diretamente pelo povo, apenas por representantes eleitos. É exatamente esse o argumento de Sieyès, quando disse que a França era um estado

representativo e não uma democracia, proclamando que a soberania popular estaria concentrada exclusivamente em uma assembleia constituinte representativa. Não obstante, reconhecendo que a soberania do povo é dividida, como o próprio Sieyès fez quando delegou parte da autoridade constituinte, antes exclusiva das assembleias, para um júri constitucional e um Senado Conservador, seria imperativo chegar à conclusão de que as assembleias não seriam os únicos locais de manifestação do poder constituinte do povo, como defendeu Condorcet, sendo razoável imaginar que as consultas diretas ao povo sejam compreendidas como manifestação da soberania popular, talvez seja até a que mais se aproxima da vontade geral.

Assumindo que os referendos ou plebiscitos fossem espaços de manifestação do poder constituinte, podendo convalidar ou rechaçar as propostas do poder legislativo ordinário ou derivado, seria inaugurado um poder constituinte permanente? Dependeria se a realização dos referendos ou plebiscitos fossem permanentes. Plebiscitos e referendos permanentes produziram o mesmo efeito que assembleias constituintes permanentes. Na França, por exemplo, a cada dois anos, uma assembleia constituinte dava ao país uma nova constituição. Elas não atuavam permanentemente, mas frequentemente, só que o excesso de frequência gera a permanência. O problema, portanto, não é do plebiscito ou do referendo em si, mas do próprio poder constituinte. Se o poder constituinte age com muita frequência, com frequência a constituição é modificada ou derogada, gerando instabilidade. Essa foi uma lição que os franceses aprenderam quando permitiram que suas legislaturas ordinárias pudessem modificar as constituições por meio do poder constituinte derivado, admitindo uma reforma repartida no tempo, sem que isso implicasse, a todo instante, a criação de um novo documento constitucional. As cláusulas pétreas, portanto, apresentam essa contradição. Elas pretendem gerar estabilidade, ao negar a reforma de suas disposições, mas demandam a convocação do poder constituinte originário para modificá-las, trazendo a instabilidade inerente a qualquer constituição que não especifica normas de revisão.

Assim sendo, o problema do poder constituinte é temporal. Madison⁵⁹⁷ não queria que as convenções do povo fossem empregadas como medida para manter os departamentos dentro de seus limites constitucionais, porque isso exigiria um poder

⁵⁹⁷ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 49.

constituente permanente ou um recurso permanente ao povo. Sendo a fiscalização uma necessidade constante, o remédio constituinte acabaria por vigorar constantemente, dispensando os poderes constituídos ou a separação de poderes. Por isso, a medida mais prudente estaria em implementar um sistema de fiscalização recíproco entre os poderes constituídos. Será que Madison, entretanto, admitiria o recurso ao povo como instrumento útil, se ele fosse raro? A proposta de Jefferson, em sua perspectiva, ao admitir que dois poderes pudessem convocar o povo tornava o recurso inadequado por fazer a convocação muito fácil. Talvez Madison concordasse com Jefferson que o recurso ao povo seria possível, se as consultas, em vez de ocasionais ou periódicas, fossem raras e extraordinárias. Madison, porém, é sempre reticente ao emprego do recurso externo, seja do povo, convenções ou conselho de censores. O povo, no entender de Madison, não seria um juiz imparcial. Como o legislativo é um órgão eletivo e numeroso, ele estaria mais preparado para cooptar desigualmente a opinião dos cidadãos, colocando o judiciário em uma desvantagem flagrante, já que seus integrantes, além de estar em menor número, estariam afastados do povo em função da natureza de sua composição. Desta forma, o legislativo teria uma influência maior sobre o povo, colocando os outros poderes em situação de desvantagem. Esse vício não seria corrigido ainda que as consultas fossem raras.

Por essa razão, seria prudente compreender que Madison, ao afirmar que deveria ser criado um caminho constitucional para decisão do povo, estava empregando a expressão *decidir* no sentido de criar ou modificar a constituição, não no sentido de fiscalizar os poderes constituídos. O povo racional, deste modo, seria o povo que cria ou altera a carta constitucional, mas não o que corrige ou reage às transgressões; ao povo é dada a tarefa de criar, aos departamentos, a tarefa de fiscalizarem-se reciprocamente. A correção deveria obedecer a um princípio de equilíbrio, inexistente no recurso ao povo, outorgando mais resistência ao departamento mais vulnerável.

Bruce Ackerman e Stephen Holmes, neste ponto, parecem concordar plenamente com Madison. Alguns limites à legislatura precisariam ser impostos pelo poder judiciário, especialmente por ser uma magistratura não eletiva. Enquanto o povo racional não se manifestasse, a Suprema Corte deveria agir em defesa da Constituição. Só que o povo racional, no entender desses autores, não se manifestaria apenas formalmente, por meio de emendas. Para Holmes, as gerações posteriores também teriam poderes “autorais” e a criação da constituição persistiria, mesmo após a dissolução da assembleia ou convenção.

Ele próprio reconhece que, no caso americano, essas inovações constitucionais teriam sido implementadas sem a invocação do procedimento formal de emenda. Bruce Ackerman, nesse ponto, parece concordar com Holmes e acredita que o povo de Madison surge quando cidadãos comuns começam a responder de forma uníssona e harmônica a questões essenciais; o diálogo político fraco, fragmentado e desconexo começa a se mobilizar e ganhar forma no debate público, a legislação transformadora domina a vida do país e as eleições são avaliadas de acordo com essa mobilização. Nesse caso, a Suprema Corte deveria aderir a essa nova expressão da vontade constitucional, buscando integrar a nova solução constitucional às disposições antigas deixadas intactas pelo povo:

A partir dessa perspectiva, a Suprema Corte, no seu exercício interpretativo, torna-se um aspecto fundamental de empreendimento da soberania popular voltado para o futuro. Buscando representar as implicações concretas dos princípios passados estabelecidos em nome do povo, a Corte convida o grupo dominante de políticos e estadistas, bem como o público em geral para um diálogo crítico sobre o futuro: e se houver algum erro grave no legado constitucional herdado do passado, como o identificaríamos precisamente? Poderia o povo, atualmente, articular nossas revisões propostas em uma linguagem que estimulasse as massas populares para a atividade política mobilizada?

Quando colocados frente a frente com o desafio da Suprema Corte, é claro que nossos representantes eleitos podem se achar incapazes ou desinteressados em ultrapassar a posição da Corte quanto aos julgamentos do povo no passado, conduzindo a norma constitucional e liderando o povo para encontrar novas soluções constitucionais. No entanto, tais falhas não devem por si próprias deslegitimar a revisão judicial. Elas, simplesmente, expressam a dura verdade de Publius sobre a dificuldade de mobilizar a maioria dos cidadãos em uma democracia liberal.⁵⁹⁸

A Suprema Corte de Ackerman seria uma corte conservadora ou de prudência, representante de um povo constituinte ausente. A mobilização popular, que influenciaria as eleições ou centralizaria o debate político, atuaria como uma onda inovadora do povo. Em sua teoria, o poder judiciário exerce uma espécie de veto negativo à legislação, que só é derrubado pelo povo racional. Contudo, mas algumas proposições mostrariam fragilidades em relação a seu conceito de pré-compromisso. Inicialmente, para a teoria de Ackerman funcionar, a onda inovadora deveria ser deflagrada especialmente pelos representantes eleitos, pela aprovação de novas leis, já que a questão impactaria a política nacional, só que nem sempre isso ocorre. Recentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos e também o Supremo Tribunal Federal decidiram de maneira favorável à legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo e ao reconhecimento da união estável homoafetiva. A decisão,

⁵⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pp. 368-369.

especialmente no caso brasileiro, enfrentou e ainda enfrenta uma forte rejeição da ala conservadora do legislativo. Situações semelhantes ocorreram com as decisões da corte Warren. Em casos assim, quando a corte assume uma função vanguardista, ela abandona a função de instituição de resistência ou de defesa do *status quo* e passa a deflagrar a mudança constitucional. Os papéis ficam invertidos e os outros poderes constituídos, como o legislativo, passam então a exercer uma função que inicialmente caberia aos juízes. Assim, a corte vanguardista subverte o princípio do pré-compromisso, porque ela rompe o *status quo* (povo ausente ou poder constituinte) sem demonstrar a deliberação mobilizada – é o poder constituído usurpando a autoridade do povo. A corte vanguardista, porém, pode alegar que, ao inovar seu precedente, estaria apenas dando cumprimento àquilo que foi estabelecido pelo povo passado. O mesmo argumento poderia ser empregado pelo legislador que, ao aprovar uma lei ordinária, estaria apenas dando cumprimento ao que foi estabelecido pelo povo constituinte. No final, saber se há ou não inovação constitucional, seria uma questão de interpretação.

O povo racional, porém, não está impondo limite constituinte algum. A corte, interpretando o que o povo racional quis dizer no momento constituinte, vai resistir vetando a legislação ordinária até ser convencida de que a constituição foi modificada novamente pelo povo. É isso, na verdade, que defende Bruce Ackerman. O que fazer, contudo, no caso de departamentos que discordam sobre o que quis estabelecer o povo racional no passado, já que não é o próprio povo que está impondo seus limites e sim os poderes constituídos? Na teoria de Ackerman, a inovação legislativa é detida por uma corte conservadora, mas quando a corte é vanguardista, o legislativo nada pode fazer, a não ser tentar modificar a natureza da própria corte, escolhendo juízes conservadores.

O fato é que, agindo a corte corretamente ou não, as decisões majoritárias do judiciário sempre prescindem da mobilização popular para se sobrepor aos demais departamentos. Em contrapartida, sempre que quiser desafiar as interpretações do judiciário, os representantes eleitos ficam com o ônus da mobilização popular. Por essas razões, é difícil concluir que as teorias do pré-compromisso propiciam o equilíbrio constitucional entre os poderes, quando obriga o legislativo e o executivo a mobilizar milhões de cidadãos para *tentar* revogar a decisão de uma maioria judicial, que, por sua vez, pode dispor da mesma autoridade constitucional contando com apenas cinco integrantes,

favorecidos pela vitaliciedade de seus cargos. Logo, se o recurso ao povo favorece o poder legislativo, o pré-compromisso favorece o poder judiciário.

Para encerrar esta seção, é importante, ainda, destacar o exemplo que Madison utilizou para exemplificar sua teoria de equilíbrio. Segundo escreve, o veto absoluto do executivo parece uma defesa natural com a qual o poder executivo deveria ser armado, mas o veto absoluto poderia não ser seguro nem suficiente, pois o presidente poderia exercê-lo sem firmeza ou com perfídia. O defeito do veto absoluto poderia ser contornado por uma conexão qualificada entre o departamento mais fraco (poder executivo) e o ramo mais fraco do departamento mais forte (senado), onde o último poderia apoiar o primeiro sem se apartar dos direitos de seu próprio departamento.⁵⁹⁹

No final de seu artigo ao povo de Nova Iorque, Madison, diferente de Homes, não exaltou o poder de prerrogativa real, antes disso, reconheceu que o veto absoluto do executivo era indesejável e colocou o poder de decisão sobre o veto presidencial nas mãos do Senado. Ele acabou por descrever, como exemplo de sua teoria de equilíbrio, o recurso ao legislador. Não há, aqui, qualquer razão para crer que essa seria a solução em todas as circunstâncias, contudo, as razões que levam Madison a desconfiar do veto absoluto executivo não são diferentes das razões de desconfiança do veto absoluto judicial, já que o governo não é um lugar de anjos.

3.4 ENTRE O EQUILÍBRIO E O CONTROLE POPULAR

Quando a Inglaterra criou a teoria de separação de poderes, instituiu um modelo de supremacia legislativa limitada. No arquétipo inglês, a separação das funções legislativa e executiva já ambicionava conter a tirania do rei ou o despotismo das câmaras, proibindo que uma mesma instituição pudesse legislar, julgar e executar seus próprios atos, embora essa distinção fosse flexibilizada pelo princípio do *king in Parliament*. Agregado a ela, Locke imaginava que os direitos naturais também imporiam limites à legislatura. No entanto,

⁵⁹⁹ “An absolute negative on the legislature, appears, at first view, to be the natural defence with which the executive magistrate should be armed. But perhaps it would be neither altogether safe, nor alone sufficient. On ordinary occasions, it might not be exerted with the requisite firmness; and on extraordinary occasions, it might be perfidiously abused. May not this defect of an absolute negative be supplied by some qualified connexion between this weaker department, and the weaker branch of the stronger department, by which the latter may be led to support the constitutional rights of the former, without being too much detached from the rights of its own department?”. Cf. MADISON, James. *Federalist papers*, nº 51.

talvez, o legado mais importante da separação de poderes na Inglaterra tenha sido a concepção de um controle intrínseco da legislatura. Três instituições, rei, lordes e comuns, representando distintas potências, compostas de forma diferenciada, eram capazes de anular-se reciprocamente, exigindo que o consenso entre elas fosse necessário para que um ato soberano fosse criado. Foi exatamente isso que Thibaudeau buscou na França, em 1795, ao defender o bicameralismo.

A ideia de legislatura limitada, portanto, é completamente independente da noção de supremacia constitucional. A supremacia legislativa não suportava limitações institucionais externas, inicialmente, sendo esse o significado da soberania do Parlamento – um legislativo único dividido internamente. A soberania do Parlamento, portanto, só é indivisível sob a perspectiva externa, sendo um ato único, mas é dividida sob a perspectiva interna na faculdade de estatuir e impedir.

O que fazem então os franceses na revolução de 1789, sobretudo por influência das obras de Sieyès e Rousseau? Concebem uma autoridade superior – a autoridade do povo, apta a extinguir qualquer governo existente. Essa autoridade é ilimitada, tanto externamente quanto internamente. A assembleia constituinte era una, indivisível e representativa. Seria justo reconhecer que quando Sieyès ou Rousseau se referiram a essa autoridade máxima, fosse a vontade geral, fosse a assembleia constituinte, imaginaram um poder legislativo ilimitado, já que o grande número que compunha a vontade geral não se confundia, como disse Rousseau, com o pequeno número que governa. Como esse legislativo é destituído de controles intrínsecos ou extrínsecos, não é de se estranhar que os franceses, de Sieyès a Thibaudeau, quisessem impor restrições ao perigo que dele se manifestava, diante da ausência de qualquer poder para lhe fazer contraponto. A perpetuação do poder constituinte era a perpetuação de uma forma instável e insegura de poder. O mesmo temor foi compartilhado pelos federalistas americanos em relação ao povo. Os americanos, diferentemente dos franceses, não teorizaram um poder constituinte concentrado na vontade geral do povo ou em uma única assembleia, mas aceitaram o papel das revoluções populares na instituição de seu novo governo. Essa função foi desempenhada pela Convenção, investida em uma autoridade semelhante ao poder constituinte francês, que agregava a participação da vontade dos Estados, algo desconhecido na França. No entanto, o receio de Sieyès, Madison ou Thibaudeau não era diferente, o povo só deveria se manifestar nessas circunstâncias graves e excepcionais.

Portanto, França e Estados Unidos acreditavam que a constituição, fruto de suas reivindicações revolucionárias, deveria vincular todos os poderes constituídos. Optaram por abordagens diferenciadas. Os Estados Unidos dividiram o poder legislativo em perspectiva espacial (União e Estados), intrínseca (bicameralismo) e extrínseca (veto presidencial e judicial). A distinção entre o controle intrínseco e extrínseco é, basicamente, o momento do controle: no primeiro caso, ainda não há lei, no segundo, a lei já existe formalmente; mas são todas medidas de equilíbrio que não diferem do propósito imaginado por Montesquieu. O Parlamento inglês tinha um mecanismo interno de *check and balances*, representado nos Estados Unidos pelo Presidente, Senado e Câmara de Representantes, todavia, agregaram uma quarta instituição: a Suprema Corte. A França cogitou várias medidas de fiscalização. Tanto o veto do monarca, em 1791 (quando a assembleia era unicameral), como o conselho dos anciãos e dos quinhentos, em 1795, foram pensados como instrumentos de equilíbrio.

Percebe-se, assim, que o dilema do constitucionalismo é organizar um governo em que o povo seja capaz de interferir na vontade dos governantes, mas não ao ponto de comprometer a liberdade do próprio povo. Cada um desses países instituiu uma estrutura de veto legislativo com base no cálculo que ponderasse o risco da tirania. Na Inglaterra, o maior risco estava no monarca, na França, o risco era representado pelo monarca e juízes, para os federalistas, o risco estava no poder legislativo.

Quando os vetos são estruturados horizontalmente, como acreditavam os departamentalistas, Madison, Thibaudieu e Montesquieu, a reciprocidade de fiscalização institucional impediria a concentração dos poderes. Nesse sentido, não seria correto, mais uma vez, afirmar que o legislativo seria a expressão de uma vontade ilimitada. O veto absoluto do rei ou de uma casa legislativa não difere do veto absoluto de uma corte constitucional, sob a perspectiva do controle. Só que essa horizontalidade apta a assegurar o equilíbrio nunca foi perfeita, como imaginou Montesquieu.

Todas as vezes que uma casa veta a ação de outra casa ou quando o rei veta aquilo que foi aprovado pelas duas, como ocorre com o veto absoluto, o poder de impedir age a favor de uma minoria contra uma maioria. Nesse aspecto, Sieyès alertou que a distinção entre instituir e impedir é incorreta, como também alertou Robert Dahl ser falsa a pressuposição na qual supermaiorias não causariam danos da minoria à maioria. O veto absoluto, portanto, é capaz de substituir ou derrogar a vontade de um pela de outro, prevalecendo a decisão da última a exercer o poder de veto. A reciprocidade gera o controle,

mas também propicia o estancamento, favorecendo o *status quo*, e essa não é uma solução imparcial, é a solução mais benéfica ao *status quo*.

Quando outros agentes são autorizados a exercer a faculdade de impedir, o risco de estancamento aumenta, porque aumenta a quantidade de agentes aptos a invalidarem a norma. Agrega-se um fator: a dificuldade de resposta institucional. Quando uma lei precisa da autorização de duas câmaras, há tanto um caminho constitucional pré-determinado para o exercício dos vetos, como para a rejeição recíproca, permitindo que elas exerçam a capacidade de se prejudicarem na mesma intensidade. Isso não ocorre com os limites extrínsecos, porque as instituições possuem forças de reação distintas, condicionadas a sua capacidade de mobilização interna. É mais simples para o Presidente vetar uma lei do que para o Congresso Nacional derrubar o veto. A reciprocidade extrínseca favoreceria o poder constituído capaz de decidir com mais facilidade.

De acordo, ainda, com a teoria do equilíbrio, se inexistir regra de hierarquia,⁶⁰⁰ impondo que as duas casas aprovem a medida, o veto absoluto está na casa revisora, nessas circunstâncias, o titular do veto absoluto muda constantemente. Os defensores do departamentalismo ou da teoria dos diálogos talvez concordassem que a proposta de desafios recíprocos entre os poderes nega uma hierarquia fixa pela supremacia legislativa, judicial ou de juízes externos em busca de uma hierarquia indeterminada, fluida, em que o titular da decisão ou aquele que impõe ordem é uma instituição flutuante. Uma teoria de equilíbrio dessa natureza, em que a hierarquia é volátil e o soberano inicialmente desconhecido, implicaria em anarquia? Imagine-se um governo em que todas as leis podem ser desafiadas pelo Presidente da República, em que todas as ações executivas podem ser questionadas pela corte, em que todas as decisões judiciais podem ser ignoradas pelos representantes eleitos, e, por que não, em que o povo, titular da soberania, possa se insurgir contra todas as decisões de seus poderes constituídos, cada qual acreditando que sua interpretação da constituição é a melhor interpretação disponível; a advertência de Hobbes seria pertinente, pois ou terminaria o corpo político ou um poder se imporia sobre os demais.

⁶⁰⁰ Mesmo na hipótese do veto absoluto, é possível falar em hierarquia, ao considerar que o *não* vale mais do que o *sim*. Se o rei, ao vetar um projeto, é capaz de fazer com que sua decisão se sobreponha a deliberação de duas câmaras, sua vontade está acima das demais, porque a decisão exige o consenso. Mas o equilíbrio pressupõe que aquele que veta também pode ser vetado pelo outro, de forma que a autoridade é fluída.

A esperança é que um poder se imponha sobre os demais. Entretanto, reconhecendo que o objetivo é esse, não seria preferível imaginar, antecipadamente, uma regra constitucional para a solução do impasse, do que deixar que o impasse fosse dirimido por soluções *ad hoc*, já que não há qualquer resposta que a teoria ofereça para resolver a instabilidade resultante de desafios constantes? A teoria dos diálogos parece seguir o objetivo de equilíbrio de Montesquieu ou Thibaudeau, ao negar a hierarquia entre os poderes, mas ela funciona de maneira diferente. Se fosse traduzir na constituição inglesa a teoria dos diálogos, ela começaria com a câmara dos comuns editando um ato, esse ato seria cassado pelos Lordes, o rei ou os comuns poderiam desafiar os Lordes superando seu veto e aprovando a norma por eles vetada, que por sua vez poderia revogar a decisão dos comuns e editar outra norma em seu lugar, em um ciclo sem fim. Não é esse o equilíbrio descrito por Montesquieu ou Thibaudeau, porque não existe uma sucessão de atos que se revogam reciprocamente e indefinidamente – há um fim, quando um dos agentes diz não. Enquanto não há consenso entre rei, lordes e comuns, a lei não é criada, favorecendo o *status quo*.

O *judicial review* nos Estados Unidos, de *Marbury v. Madison* a *Cooper v. Aaron*, também procura legitimar sua autoridade no equilíbrio horizontal dos poderes e no direito de veto absoluto da legislação, mas essa é uma alegação falaciosa. No caso inglês, a lei só é aperfeiçoada pela manifestação de três vontades, ela depende de três forças para existir e uma não existe sem a outra. Uma proposta sem aprovação dessas três forças não se aperfeiçoa como ato do parlamento, ela é um nada e a ninguém vincula. Isso não ocorre com as cortes. Quando um tribunal constitucional decide, suas decisões criam precedentes que gerarão efeito em todas as instâncias inferiores da magistratura; para os supremacistas, especialmente, o efeito mais importante é vincular o governo a essas decisões, exigindo a obediência de todos os departamentos. Nessa perspectiva, o poder judiciário controla o legislativo e executivo, mas legislativo e executivo não controlam o judiciário, rompendo por completo o argumento do equilíbrio e impondo a solução hierarquizada.

A última crítica à teoria do equilíbrio é o custo que ela impõe ao povo. Para assegurar a liberdade de todos, os cidadãos são obrigados a abdicar de sua autoridade a favor de instituições não eletivas. A esperança é que seus membros atuem com imparcialidade, mas nenhuma forma não partidária de nomeação ou vitaliciedade foi capaz de assegurar a imparcialidade dos juízes. Se isso fosse verdade, todos os reis na terra seriam imparciais. Mesmo Madison, ao defender o veto do Presidente, disse que ele poderia agir

com perfídia ou fraqueza, conferindo a revisão do veto ao Senado; esses vícios não colocam em risco apenas o poder executivo, mas qualquer instituição, eletiva ou não. Ressalte-se, ainda, que os séculos fortaleceram a casa representativa no parlamento inglês. Ainda hoje a coroa exerce o *Royal assent* como requisito necessário à legislação, porém, tanto o veto absoluto do monarca como o veto absoluto da Câmara dos Lordes foram entrando em desuso, de modo que, na Inglaterra, ficou cada vez mais difícil sustentar a possibilidade de uma instituição não eleita exercer o veto sobre os representantes do povo. A constituição equilibrada, portanto, não é uma constituição perfeita. Se é perfeitamente equilibrada, favorece ao *status quo*; se introduz regras de decisão, favorece a hierarquia. É o caso do recurso ao legislador, que possui princípios de equilíbrio e de hierarquia, ou da primazia da casa iniciadora sobre a legisladora, que também possui elementos de equilíbrio e hierarquia.

Em contraposição às teorias da constituição equilibrada, estão autores como Sieyès ou Hobbes, céticos quanto à sua solução. Em Hobbes, poderes iguais deflagrariam uma guerra que só cessaria quando um cedesse ou destruísse o corpo político. Em Sieyès, onde não houvesse juiz supremo, haveria a anarquia; o juiz constitucional, assim, deveria ser capaz de assegurar a ordem. Este capítulo trabalhou com três hipóteses de juízes supremos, suas vantagens e desvantagens. O primeiro juiz supremo seria uma assembleia de representantes eleitos, o segundo, um conselho composto por integrantes não eleitos, a exemplo do senado conservador, o último juiz seria o próprio povo, responsável por pacificar o conflito e colocar ordem entre os poderes, por meio de consultas diretas.

É interessante observar que no decorrer de sua vida, Sieyès transferiu parte da autoridade suprema da assembleia constituinte a outros entes, primeiro eletivo (júri constitucional) e depois vitalício (senado conservador), conferindo-lhes o dever de solucionar os conflitos entre os poderes. Sieyès queria manter a ordem, manter a unidade de governo, mas queria fazê-lo sem recorrer ao poder constituinte. Os críticos de Sieyès logo suspeitaram que sua proposta instituía um órgão inútil, sob a perspectiva do controle e perigoso, por estar acima de todos os demais. Porém, ainda que o júri conservador ou o senado pudessem fiscalizar os poderes, sua autoridade era apenas de cassação, isto é, eles fundamentalmente poderiam de anular a legislação, o que não seria diferente da autoridade de impedir do poder judiciário ou do rei. O perigo maior, portanto, repousaria no caso de haver um poder em que estatuir e impedir estivessem reunidos no mesmo local, como as assembleias constituintes, as convenções ou as manifestações constituintes do povo – não

há um poder que lhe faça contraponto. Esse é o paradoxo de Sieyès e Hobbes: desejam uma autoridade para evitar a anarquia, mas ninguém é capaz de evitar a arbitrariedade dessa autoridade, porque suas decisões são incontrolláveis pela ausência de um poder para vetá-las. Ela é capaz de impor ordem a todos os outros, menos a si mesma. Se essa autoridade atua permanentemente, a constituição deixa de ser relevante, porque essa autoridade é fonte da constituição. Ela é uma constituição que se impõe permanentemente, sendo permanentemente arbitrária. Entretanto, mesmo que se elimine o poder constituinte, preservando-o apenas nos casos formais de alteração e renovação das constituições (faculdade de estatuir), ele não se encerra. A cada conflito entre os poderes constituídos, o poder constituinte se revela, porque ele é a autoridade que impõe ordem aos outros (faculdade de impedir). São vãs, assim, as tentativas de condicionar o poder constituinte apenas a casos raros e excepcionais de convenções do povo ou constituintes, quando ele, na realidade, é capaz de se expressar, por exemplo, pelo veto absoluto.⁶⁰¹ O desafio, portanto, é estabelecer quem teria condições para exercer o veto absoluto de maneira mais imparcial, equilibrada e sensível à vontade do povo ou se essa discussão, ao final, faz algum sentido, sendo indiferente a escolha. Diante disso, cabe indagar se haveria diferença entre escolher um soberano em especial ou se todo soberano seria igualmente arbitrário.

Os referendos e plebiscitos, expressando-se em termos binários de sim ou não, poderiam ser compreendidos como manifestações da faculdade de impedir sobre a legislatura representativa. No caso da América Latina, o argumento de Madison no qual o povo ficaria ao lado do poder legislativo, talvez não vingasse, optando o povo sempre pela figura carismática do presidente da república. O povo, então, exercendo autoridade constituinte, tenderia a apoiar o presidente eleito e comprometeria o funcionamento da instância legislativa ordinária, atuando como segunda instância legislativa. Um poder constituinte dessa natureza, exercido com constância, não só comprometeria o equilíbrio entre os poderes como dispensaria o poder legislativo constituído. Em um cenário distinto, o presidente autoritário busca, a todo instante, enfraquecer o poder legislativo, submetendo as leis a ações de inconstitucionalidade. Por ter indicado alguns de seus integrantes ou por possuir uma maioria politicamente alinhada, talvez a corte optasse continuamente a favor

⁶⁰¹ O veto absoluto ou autoridade de cassação é uma expressão do poder constituinte. Ele difere, portanto, do veto suspensivo, que permite que o soberano decida a respeito de sua pertinência, mantendo-o ou revogando-o.

da figura carismática do presidente, contra o congresso. A corte, exercendo a autoridade constituinte do veto absoluto, poderia comprometer igualmente o funcionamento da instância legislativa ordinária, atuando como uma segunda instância legislativa. Esse poder exercido com constância também comprometeria o equilíbrio entre os poderes e dispensaria o poder legislativo constituído. O que se quer dizer é que a faculdade de impedir, seja ela exercida por quem for, sempre gera estancamento e crise, se for manifestada frequentemente.

A soberania popular obriga que a autoridade interventiva seja o povo diretamente ou aquele por ele designado. Não se trata de a autoridade ser imparcial, instruída, justa ou sábia, trata-se apenas de decidir da maneira que o povo quer. É perfeitamente imaginável, como ocorre de fato, que as autoridades constituídas, ao decidirem o impasse entre os poderes, invoquem essa delegação, isto é, utilizem a hierarquia a seu favor, alegando agir em nome do povo. Como assegurar, portanto, que, ao final de um impasse constitucional entre os poderes, prevaleça aquilo que constitui a vontade do povo? A dificuldade de presumir que o monarca possa interpretar mais adequadamente a vontade do povo é a mesma dificuldade de presumir que os juízes o farão. Reis podem ser muito populares, justos e amados por seu povo; Salomão era reconhecido pela sabedoria de suas decisões. Entretanto, as democracias modernas desconfiam de líderes que dizem agir em nome do povo sem que se submetam a uma sabatina popular que confirme, de tempos em tempos, que a vontade do povo, ou de sua maioria, é cumprida. Do exposto, há certa dificuldade em aceitar o argumento no qual a soberania popular prefere delegados vitalícios em detrimento de delegados eletivos. É como acreditar que o povo prefere fiscalizar seu delegado uma vez a cada geração, ao invés de fiscalizar periodicamente. Ao voltar ao exemplo da Inglaterra, em que Dicey expressamente excluiu a soberania popular em contraposição a soberania do Parlamento, percebe-se como essa transformação tem se dado. Na medida em que se crê que o governo deve obedecer à vontade do povo, aumenta-se a autoridade dos ramos representativos. Poderes executivo e legislativo, no sistema vigente na Inglaterra, são atualmente compostos por representantes eleitos. Embora haja a necessidade da anuência dos ramos não eletivos, a sanção foi reduzida a mera formalidade.

Conclui-se, portanto, que a supremacia judicial, quando confere a autoridade de decidir o conflito às cortes, fere tanto os princípios de equilíbrio quanto de hierarquia, na perspectiva da soberania popular. A solução tem natureza hierárquica, mas é dada por

agentes vitalícios, que não são controláveis pelo povo, fazendo com que a soberania popular seja enfraquecida. Também não é equilibrada, porque pressupõe a sujeição dos outros poderes às suas decisões, impedindo o contraponto. E mesmo que haja desafio, de nada valerá se é a corte que julga a reação.

Por mais estranho que possa parecer, a teoria que melhor representa o equilíbrio entre os poderes é a supremacia legislativa, desde que o legislativo não seja unicameral. Talvez, a introdução de um controle preventivo de constitucionalidade resolvesse o problema da anarquia da teoria dos diálogos, fazendo com que o veto judicial antecedesse a criação da norma, nos moldes de uma casa revisora. Só que, nesse exemplo, o ramo eletivo nunca teria chances de vetar o ramo judicial, contrapondo-lhe poder, o que substituiria o equilíbrio pela hierarquia. Esse poder de autoridade recíproca, portanto, só existiria dentro de câmaras legislativas em que todas as casas pudessem igualmente propor e anularem-se mutuamente. Mas essa é uma alternativa que favorece ao *status quo* e que talvez não seja capaz de satisfazer os anseios populares, especialmente se as câmaras são compostas por agentes vitalícios.

Um segundo modelo tentaria contornar os malefícios da teoria equilíbrio, mantendo-os à medida do possível, sem recair, entretanto, na saída anárquica. O recurso ao legislador é um meio de permitir o equilíbrio, admitindo o veto executivo e judicial, mas, ao final, o equilíbrio é rompido pela união das faculdades legislativas. A hierarquia constituinte coloca a decisão no ramo eletivo, em obediência à soberania popular. Essa solução não é puramente hierárquica nem puramente equilibrada, mas sua maior desvantagem recai no argumento da parcialidade do legislativo. A opção por intercalar legislaturas, impedindo que a mesma legislatura aprove uma lei e decida sua constitucionalidade é uma tentativa de tornar o legislativo mais imparcial. Entretanto, a imparcialidade perfeita nunca existirá quando a decisão constituinte é colocada nas mãos de qualquer um dos poderes constituídos e quando se prefere retirar a decisão constituinte das mãos dos poderes constituídos, colocando-a em um juiz supremo, como o povo, também há críticas quanto a sua imparcialidade.

O povo, como árbitro direto do conflito, é um juiz tão suscetível à parcialidade e corrupção quanto os poderes constituídos. Sendo uma instância decisória, não há autoridade para lhe fazer contraposição. Por essas razões, Borges de Medeiros idealizou razões para prevenir que o povo fosse constantemente consultado, dissolvendo o poder

que, no entender do povo, deu causa ao conflito. Mas deve-se deixar claro que toda decisão constituinte, ao unir aquele que estatui com aquele que impede, reproduz o desequilíbrio da decisão popular.

CONCLUSÃO

A teoria da separação de poderes, como postulado do *rule of law* e adversária à concentração das funções, exigia que a autoridade para legislar não estivesse reunida na mesma pessoa ou instituição que a desse execução. Tal precaução acautelava o governo tanto da tirania do monarca, por submeter o executivo à lei, quanto do despotismo do Parlamento, por exigir a criação de leis que, por serem genéricas, seriam imparciais, proibindo, assim, que o poder legislativo implementasse suas próprias resoluções.

Entretanto, o princípio do *king in Parliament*, ao admitir a presença do monarca, chefe do poder executivo, dentro do poder legislativo, parecia relativizar a separação rígida de funções e a supremacia do legislativo, outorgando ao rei o direito de vetar ou impedir a criação de leis contrárias aos interesses da coroa. Nesse sentido, a concepção de supremacia legislativa parecia enfraquecer ou ceder diante da tarefa de limitação que o rei exerceria sobre o ramo popular e eletivo do governo. Diante disso, o conceito de um legislativo limitado surgiu concomitante ao próprio surgimento da supremacia legislativa. O objetivo foi evitar que o Parlamento se transformasse em uma instituição igualmente tirânica, legislando autoritariamente e, até mesmo, concentrando as funções executivas, como teria ocorrido no *Long Parliament*. O rei, representante do poder executivo, foi inicialmente investido na tarefa de limitar as casas coletivas do Parlamento, o que dividiu a função legislativa em duas: a faculdade de estatuir das assembleias e a faculdade de impedir do rei.

Os federalistas, um século depois, compartilharam a faculdade de impedir do poder executivo com o poder judiciário, por meio do *judicial review*. A correlação parecia lógica; assim como o rei, outros ramos não eleitos, como os juízes, deveriam *corrigir* a legislatura, já que parecia incorreto, pela teoria da separação de poderes e do *rule of law*, conceder a missão de corrigir as leis às mesmas pessoas que as criaram, comprometendo a imparcialidade. Assim, no decorrer de toda esta tese, procurou-se demonstrar que argumentos empregados para justificar a autoridade do rei foram transpostos para justificar a autoridade dos juízes. Essa transposição, muitas vezes, ocorreu com impropriedade.

Exemplo disso foi o emprego de John Locke como teórico precursor do *judicial review*. O leitor da obra de Locke é compelido a reconhecer que Locke era defensor dos direitos naturais como limites à legislação na mesma medida em que era defensor da supremacia legislativa. A lei da natureza, para Locke, por não ser escrita, estava na mente

das pessoas, fazendo com que cada indivíduo fosse seu juiz, intérprete e executor.⁶⁰² Estava, portanto, como afirmou Jeremy Waldron,⁶⁰³ aberta a dissenso. Em momento algum os magistrados foram instados a atuar como vigilantes dos direitos naturais. A dúvida era se o monarca, utilizando o poder de prerrogativa, seria investido nessa autoridade. Nesta tese, conclui-se que John Locke não admitiu que o poder executivo pudesse invalidar os atos do poder legislativo por meio do veto. A natureza da função executiva é cumprir as determinações legislativas. Sendo suprema a função legislativa, não caberia ao poder executivo, cuja função é dar cumprimento às disposições legislativas, agir em sentido contrário. O veto, portanto, em Locke, só é possível porque, na Inglaterra, o poder legislativo era dividido, nele integrando o poder executivo.⁶⁰⁴ Porque a lei não poderia ser elaborada sem o consentimento do rei, uma parte do legislativo não poderia sujeitar a outra. Nesse sentido, a função legislativa antecedia e vinculava a função execução, por isso, era suprema.

Ao analisar o conjunto de seu tratado, observa-se que Locke não via a monarquia como Thomas Hobbes. Enfatizar demasiadamente o poder de prerrogativa ou o veto real, assim, no contexto de Locke, é ignorar aquilo que Locke mais quis enfatizar: o poder legislativo do Parlamento. Colocar o poder legislativo nas mãos de diversas pessoas era uma característica dos governos moderados, diferentemente dos regimes monárquicos absolutistas, em que o poder legislativo estava nas mãos de um só. Logo, o desafio de Locke e das monarquias moderadas era transferir o poder legislativo do rei para o Parlamento. Nesse contexto, parece incorreto concluir que o objetivo de Locke fosse fortalecer a autoridade do rei contra o Parlamento, quando era a autoridade do Parlamento que precisava ser fortalecida. Tanto é assim que o poder legislativo, para restringir a liberdade do homem, deveria originar do consentimento do corpo político – o príncipe absoluto estava no estado de natureza, não na sociedade política. O problema da tirania, portanto, só seria resolvida quando todos os homens fossem obrigados a obedecer às leis aprovadas por um poder legislativo e esse poder não se originava do rei, mas do consenso do povo, sendo ele depositado em um corpo coletivo de homens.⁶⁰⁵

⁶⁰² LOCKE, John, *Dois tratados sobre o governo*, Capítulo XI, § 136.

⁶⁰³ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, pp. 94 e ss.

⁶⁰⁴ LOCKE, John, *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, Capítulo XIII, §§ 151-152.

⁶⁰⁵ LOCKE, John, *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, Capítulo VII, § 89.

O poder legislativo, portanto, repousava no consentimento de um povo livre, surgindo dele toda a fonte de autoridade. Por essa razão, tanto Pierre Manent⁶⁰⁶ como Ingeborg Maus⁶⁰⁷ teriam visto em Locke o que não foram capazes de ver em Montesquieu, um autor que enfatizou o poder do corpo legislativo e do povo, a soberania popular, em vez de enfatizar a liberdade do povo, como fez Montesquieu. O povo, para Locke, seria o verdadeiro juiz. Nesse sentido, quando Locke diz que não existe melhor árbitro para julgar o comissionado do que aquele que o comissionou,⁶⁰⁸ aproximou-se muito do espírito das palavras Emmanuel Sieyès,⁶⁰⁹ ao dizer que o povo, sendo vítima, conheceria o melhor remédio. Caberia ao povo, não ao rei nem aos juízes, confiscar o poder legislativo e agir como supremo, exercendo ele próprio o poder ou delegá-lo a outras mãos, conforme sua conveniência.⁶¹⁰ Entretanto, ainda que nem Maus nem Manent tenham reconhecido, Locke tinha elementos da teoria do equilíbrio ao aceitar a presença do rei no legislativo, o exercício do veto real e o poder de prerrogativa.

O princípio do *king in Parliament* relativizava a separação funcional dos poderes ao permitir que uma pessoa exercesse a função executiva e legislativa simultaneamente, porém, o objetivo não foi tratar o poder executivo igual ao legislativo, nem aceitar que o executivo pudesse agir à revelia do legislativo e sim assegurar que todos os poderes fossem igualmente controlados. A intenção ao separar as funções do Estado e dividir o legislativo foi controlar o poder. Sendo o legislativo o supremo poder, atenção especial deveria ser dirigida a ele, já que o poder legislativo era o responsável por criar a norma, criar a lei, restringindo a liberdade dos homens.

Montesquieu⁶¹¹ escreveu que, quando o legislativo e o executivo estavam reunidos, monarca ou senado criariam e executariam leis tirânicas. Por que, então, Montesquieu teria permitido que o monarca participasse do poder legislativo, violando sua própria advertência? A resposta é que Montesquieu separava a natureza do poder legislativo do rei do poder legislativo da assembleia. O rei só podia tomar parte na legislação para impedir, nunca estatuir. Se ele pudesse estatuir e executar, então a lei seria criada e executada

⁶⁰⁶ MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*, p. 95.

⁶⁰⁷ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 204.

⁶⁰⁸ LOCKE, John, *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, Capítulo XIX, §§ 240 a 243.

⁶⁰⁹ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du Veto royal, à la séance du 7 septembre*, Paris, Assemblée Nationale, 1789, p. 22.

⁶¹⁰ LOCKE, John, *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, Capítulo XIX, § 243.

⁶¹¹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo VI.

tiranicamente. Montesquieu, portanto, dividiu a competência para legislar ou, em outras palavras, dividiu a soberania, porque os poderes precisavam controlar-se reciprocamente. O veto absoluto, ou seja, a faculdade de impedir, ao exigir o consenso das três potências, fazia com que as facções pudessem ser reciprocamente anuladas. É um mecanismo horizontal de controle do legislativo na medida em que permite a fiscalização mútua, com um poder controlando outro. Foi essa característica da teoria de Montesquieu que mais atraiu James Madison, ao defender o sistema norte-americano de *check and balances*.

O esquema de representação das três potências sociais de Montesquieu, próprio do princípio do *king in Parliament*, ao sujeitar todas as forças legislativas ao consenso, criava um espaço de neutralização política. Como afirmou Pierre Manent, ninguém era capaz de conseguir o que queria sem fazer concessões, já que a lei só seria aprovada diante de um acordo mínimo.⁶¹² Esse acordo, inclusive, poderia ser diferente da intenção inicial das três potências, fazendo com que a ambição de uma cedesse diante da ambição da outra. Quando a divisão do legislativo compelia cada parte a abdicar de toda ambição, Montesquieu acreditava preservar a liberdade do cidadão. Conclui-se, assim, que a teoria de equilíbrio de Montesquieu era uma teoria de manutenção do *status quo*, que só poderia ser rompido mediante consenso de todas as potências sociais. Constituindo uma parcela minoritária da população, a nobreza estaria protegida pela constituição equilibrada e seus privilégios, resguardados. É claro que o modelo poderia ser transposto para a proteção de outras minorias raciais, religiosas, étnicas ou aristocráticas, mas o importante é que o povo não poderia obrigar os nobres e o rei a realizar as mudanças que não quisessem. Esse aspecto da teoria de Montesquieu não era compatível com a pretensão da soberania popular, de concretizar a vontade do povo.

Quando Rousseau formulou sua teoria, partiu de um pressuposto completamente diferente do pressuposto de Montesquieu. Rousseau pretendia colocar o poder legislativo integralmente na nação, sendo ela soberana.⁶¹³ Dizer, portanto, que a soberania da nação era indivisível e indelegável significava dizer que só a nação poderia legislar. Todo o governo, criado pelo legislativo, era executivo. A adequada relação entre os poderes ocorria quando o executivo, força, cumpria a determinação do legislativo, vontade. O legislativo era composto

⁶¹² MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*, p. 95.

⁶¹³ Nesse ponto, aproximava-se um pouco de Locke, ao colocar o legislativo no povo, embora se afastasse por não permitir a delegação e representação da soberania.

pelo conjunto de cidadãos e pertencia ao povo. Rousseau sequer confundia legislativo e legislador. O legislador criava ou redigia as leis, mas só a vontade geral, detentora do poder legislativo, poderia legitimá-las.⁶¹⁴ Deste modo, poder legislativo e poder executivo estavam absolutamente dissociados um do outro. O veto ou a faculdade de impedir do monarca, em Rousseau, apenas revelava um príncipe que não se submetia a seu soberano.⁶¹⁵

Percebe-se que a teoria da separação funcional de poderes, inspirada na soberania popular, repudia a possibilidade de divisão da soberania, isto é, nega a divisão do poder legislativo, sendo estranho a ela o veto executivo ou judicial ou mesmo a ingerência de outras potências que não respeitem o postulado de igualdade da vontade geral de Rousseau. Todos os poderes ou funções do Estado precisam cumprir a decisão legislativa, única e indivisível. Existe a supremacia legislativa, como ocorre em Locke ou Montesquieu, todavia, diferentemente da teoria equilibrada, o rei não pode confrontar o verdadeiro soberano, o povo, já que, para Montesquieu, a soberania popular é um conceito absolutamente estranho.

Ao expulsar o poder executivo do legislativo, concentrando apenas no povo (como queria Rousseau) ou seus representantes (como queria Sieyès), os teóricos da separação funcional de poderes instituíram, como alertou Maus, uma assimetria, hierarquia, verticalização, na teoria da separação de poderes, vinculando a constituição e o poder legislativo ao povo. Repousa nessa imagem a origem do unicameralismo, defendido pelos revolucionários franceses em 1789. Era tão forte a crença de que um povo daria origem a um legislativo, que, até hoje, as assembleias constituintes, mesmo no Brasil, continuam atuando unicameralmente. Sieyès,⁶¹⁶ inclusive, suscitando a unidade da Assembleia Nacional, repudiava sequer a fragmentação da decisão legislativa à confirmação de outra legislatura, como fez a Constituição da França de 1791. Verifica-se, no entanto, que o bicameralismo não demorou a ser adotado na França. Para Sieyès, inclusive, diversas câmaras satisfariam o mesmo propósito do veto real, deixando a lei dentro de seu local apropriado: o poder legislativo.

O recurso a diversas câmaras era um mecanismo próprio da teoria equilibrada, ao permitir que cada casa legislativa pudesse controlar a outra, anulando-se reciprocamente,

⁶¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro II, capítulo VII.

⁶¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, Livro III, capítulo VII.

⁶¹⁶ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du Veto royal, à la séance du 7 septembre 1789*.

agregando, nesse aspecto, o rei. Anthoine Claire Thibaudeau, nos debates da convenção nacional de 1795, ao rejeitar a sugestão de Sieyès do júri constitucional, escreveu, com clara referência à obra de Montesquieu, que a ambição deveria ser combatida com ambição; que o equilíbrio era uma consequência da filosofia política e que para prevenir a usurpação ou a confusão entre os poderes, algumas medidas deveriam ser observadas, como a divisão do poder legislativo em duas partes, a participação do poder executivo na formação da lei e o voto nacional, permitindo o controle da opinião pública.

A separação funcional de poderes, na perspectiva da soberania popular, talvez cedesse à possibilidade da divisão legislativa em diversas câmaras. Na opinião de Maus,⁶¹⁷ tal circunstância não comprometeria a separação funcional se as funções continuassem separadas, isto é, o legislativo estaria dividido, entretanto, o princípio da separação permaneceria preservado. A casa legislativa, assim, ao exercer o veto, nunca seria capaz de exercer, concomitantemente, o poder executivo e judicial. Esse é um dos elementos mais marcantes da teoria da separação funcional de poderes. O veto ou a faculdade de impedir não poderia ser exercido pelo poder executivo ou judiciário, proibindo que seus integrantes exercessem qualquer parcela da soberania, indivisível em sua natureza.

Vê-se, nesta tese, assim, que, de alguma maneira, a soberania popular era dividida, fosse por diversas câmaras, fosse entre o povo e seus representantes, entre poder legislativo ordinário e constituinte. Todavia, na perspectiva da separação funcional, o executivo e o judiciário estavam impedidos de ingressar no poder legislativo, sob pena de comprometer a separação funcional de poderes. O veto até poderia ser admitido por uma casa legislativa sobre a outra, mas não pelo rei ou pelos juízes. Curiosamente, o modelo de gabinete, próprio dos governos parlamentaristas, ainda que não reconhecesse o veto real ou o controle judicial de constitucionalidade, rompia a estrita separação. O governo do gabinete, normalmente, não é autorizado a vetar ou sancionar a legislação, como o monarca ou o presidente, contudo, ainda assim, o governo participa do processo legislativo, votando e discursando nos termos do mandato parlamentar.

O problema da divisão do poder legislativo, portanto, não é apenas discutir sua divisão, como também discutir como ele seria dividido. Em outras palavras, determinar quais instrumentos de controle do poder legislativo seriam legítimos para minimizar os riscos de

⁶¹⁷ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 231.

despotismo e tirania do governo e se o poder executivo e judiciária teriam algum papel dentro desse esquema constitucional. Na perspectiva da teoria do equilíbrio, era imprescindível a presença do executivo, na perspectiva da soberania popular, essa presença era insuportável. Não que o legislativo não precisasse ser contido, fiscalizado ou limitado. Nenhum autor estudado nesta tese propugnou a concentração de todos os poderes do Estado na assembleia; apenas que os meios de fiscalização se dariam diferentemente, ora pela eleição dos parlamentares, ora pela constituição de um guardião externo, como queria Sieyès, ora pelo próprio povo.

Os federalistas americanos, como James Madison,⁶¹⁸ optaram pela teoria do equilíbrio de Montesquieu, mas preferiram outorgar ao poder judiciário a mesma autoridade do rei. As razões do *judicial review* repetiam os argumentos do veto real. O *judicial review* tinha exatamente a mesma finalidade do veto do monarca para conter o ramo popular do governo, já que os federalistas não acreditavam que o presidente da república fosse capaz de conter, sozinho, o poder legislativo. Se os teóricos franceses e ingleses recebavam o executivo, os federalistas recebavam o legislativo, o mais provável dos tiranos. Distorcendo Montesquieu, Hamilton⁶¹⁹ quis legitimar a autoridade dos juízes na afirmação de ser o judiciário um poder quase nulo. Era nulo, para Montesquieu, porque o judiciário não detinha qualquer autoridade legislativa, fosse para estatuir ou impedir. Conceder autoridade legislativa de impedir, entretanto, afastou a característica que o tornava inofensivo. Em Montesquieu, não existia independência judicial sem vinculação à lei, para os federalistas, o afastamento da lei era necessário sempre que a legislação contrariasse a constituição.

John Marshall, em *Marbury versus Madison*, tentou provar que o *judicial review* era apenas uma decorrência lógica da supremacia de uma constituição escrita, como também decorrência de um legislativo limitado. Nesta tese, procurou-se demonstrar que não existe relação necessária entre a supremacia constitucional e o controle judicial de constitucionalidade. Sieyès foi o primeiro teórico a discernir o poder constituinte e o poder constituído, limitando o poder legislativo ordinário, e isso nunca significou que os juízes pudessem rever os atos aprovados pelo parlamento, antes disso, o juiz do legislativo seria a nação, representada pelo poder constituinte. A distinção entre o poder constituinte e poder constituído, na França do final do século XVIII, era tão marcante que as assembleias não

⁶¹⁸ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 47 e 48.

⁶¹⁹ HAMILTON, Alexander. *Federalist papers*, nº 78.

podiam sequer emendar a constituição e, apesar de inexistir instituições judiciais de controle, em momento algum se nivelava a autoridade legislativa constitucional com a autoridade legislativa ordinária. A estratégia de Marshall, portanto, apenas buscava negar a supremacia legislativa e permitir que os juízes pudessem declarar nulas as leis aprovadas pelo Congresso.

No que tange à limitação do legislativo, Marshall alegou que todos os poderes eram igualmente vinculados à constituição. O legislativo, por ser eleito, não era mais importante que o executivo ou o judiciário. Sendo a soberania dividida, ninguém falaria com um *status* especial em nome do povo, ou, ainda, os juízes seriam tão representantes do povo quanto os parlamentares. Se o objetivo da constituição escrita era disciplinar a competência de cada poder, inclusive do legislativo, não faria sentido estabelecer limites que pudessem ser ignorados a qualquer momento. Como acreditava Madison, a mera descrição constitucional não seria suficiente para manter cada departamento dentro de sua esfera de atuação, justificando a barreira jurisdicional. Nesta tese, todavia, foi escrito que medidas como o veto real, a eleição, o bicameralismo, a representação paritária dos Estados, o recurso ao povo, a revisão da legislatura por outra, o conselho de censores, o poder constituinte, todos foram pensados como mecanismo de controle do poder legislativo. A própria conclusão se há ou não contradição entre constituição e lei repousaria em uma questão de interpretação, porque optar pela constituição e não pela lei implicaria fazer um juízo prévio de sua inconstitucionalidade. Além disso, para esta tese, a ideia de governo representativo tornaria difícil reconhecer como representantes autoridades destituídas de autorização e *accountability*.

Desta maneira, se todos os poderes estavam igualmente vinculados à constituição e o poder judiciário poderia negar execução à lei por interpretá-la inconstitucional, sendo essa uma decorrência lógica da hierarquia constitucional, por que os outros poderes seriam obrigados a cumprir uma sentença inconstitucional? Não poderiam. A hierarquia da constituição exigiria o descumprimento da decisão inconstitucional. Essa era a crítica da teoria departamentalista e de diversos autores que propugnam o desafio recíproco entre os poderes.

Esta tese concluiu que a solução federalista, ao defender a supremacia judicial, é contraditória. A solução federalista deseja que a decisão judicial seja definitiva, isto é, que executivo e legislativo sejam compelidos a cumprir as decisões judiciais ainda que

inconstitucionais, mas os juízes se eximem de obedecer aos decretos e leis inconstitucionais. Nesta tese, concluiu-se que esse argumento não obedece à hipótese da igual vinculação à constituição levantada pelos próprios juízes para se insurgirem contra o legislativo, porque nada diz sobre como resolver o problema no caso da insolência judicial. Em outras palavras, esta tese procurou defender que a supremacia judicial (compreendida como o dever de submissão de todos os poderes à interpretação do judiciário sobre a constituição) é contraditória por exigir que os legisladores recorressem às emendas à constituição para revogar as decisões judiciais. Se o poder constituinte não poderia fiscalizar o poder legislativo, a exemplo da supremacia legislativa, como poderia fiscalizar o poder judiciário? Ainda: se a fiscalização ao poder legislativo precisava ser constante, como acreditava Madison, justificando uma teoria do *check and balances*, como o judiciário seria adequadamente fiscalizado pelo povo? Com isso, se o povo era inadequado para fiscalizar o poder legislativo, impondo a ele limites, também deveria ser inadequado para fiscalizar o poder judiciário.

Esta tese também concluiu que a supremacia judicial é contraditória ao tentar solucionar os vícios do princípio majoritário do legislativo recorrendo a uma maioria do judiciário. A teoria da separação de poderes nos Estados Unidos, seguindo a tradição da teoria equilibrada, ambicionou transformar o poder judiciário no guardião das minorias, não muito diferente de como o rei e nobres protegeriam as potências sociais minoritárias do povo. Porém, na perspectiva do equilíbrio, ou mesmo na concepção de Borges Medeiros,⁶²⁰ fazia mais sentido outorgar a reação contramajoritária e o controle da tirania parlamentar a um só, como o rei ou o presidente, do que a outro órgão coletivo que adotasse a votação majoritária, substituindo uma maioria por outra. Montesquieu, porém, acreditava que monarcas e nobres, ao resistirem à proposição dos comuns, agiriam na defesa de seus próprios interesses, protegendo a coroa ou a nobreza. Sieyès via nessa medida uma forma de frustrar os interesses da maioria da nação. O *judicial review* quer se consolidar como o arcabouço no qual a minoria do povo é capaz de limitar a maioria, contudo, na realidade, o *judicial review* apenas é o arcabouço no qual uma maioria de juízes pode invalidar uma lei aprovada pela maioria de legisladores. Tampouco se admite substituir a tirania da maioria pela tirania da minoria; quando se sabe que o problema não é a maioria ou a minoria em si,

⁶²⁰ MEDEIROS, Borges. *O poder moderador na república presidencial*, pp. 75-76.

o problema é a tirania presente em qualquer dos lados. Nesta tese, concluiu-se que definir se a maioria ofende ou não os direitos da minoria é uma questão de interpretação. O judiciário, tal como o legislativo, está sujeito à falibilidade diante do dissenso de seus membros e, como todo órgão colegiado, precisa recorrer a uma teoria de decisão. Além disso, como afirmou James Bradley Thayer,⁶²¹ supor que as cortes são capazes de controlar a maioria real é uma ambição fantasiosa, já que não existe governo na história capaz de fazê-lo por um longo período.

Por outro lado, a recusa generalizada ao cumprimento das leis, dos decretos ou das sentenças, decorrente do departamentalismo, poderia instaurar um quadro de anarquia institucional, permitindo que cada poder interpretasse a constituição conforme seu arbítrio. Essa hipótese respeitaria a igualdade entre os poderes, contudo, em vez de vincular todos os poderes à constituição, provocaria o efeito inverso, admitindo que todos se afastassem dos preceitos constitucionais. Tanto a supremacia legislativa como a supremacia judicial resolveria o problema da definitividade das decisões, mas ambas não resolveriam a objeção da igualdade, levantada pelos federalistas. Para esta tese, a teoria que respeita tanto a igual submissão à constituição como a definitividade é o recurso ao guardião externo. A teoria do equilíbrio, como foi imaginada por Montesquieu, não guarda relação com a igualdade entre os poderes; não na perspectiva do desafio recíproco, como quer o departamentalismo ou o diálogo institucional. O rei poderia limitar o legislativo, impedindo a aprovação da lei, mas o legislativo não limitava o executivo. Por que? Na opinião de Montesquieu, o poder executivo já era limitado por natureza, sendo inútil discutir sua limitação. O poder executivo não era freado pelo legislativo, mas o legislativo poderia fiscalizar a atuação executiva, isto é, o executivo prestava contas ao legislativo de sua atuação, permitindo que o legislativo verificasse como as leis por ele aprovadas foram executadas. O rei era sagrado, mas seus ministros não. Deles o povo poderia cobrar. Era dado, ao poder executivo, o direito de participar da legislação, mas o legislativo nunca participava da execução. A faculdade de impedir era um meio para que a prerrogativa real fosse mantida, era, assim, um instrumento de defesa do rei contra o Parlamento. Não permitia a faculdade de propor ou debater, apenas reprovar. Qualquer tentativa de estatuir do monarca comprometeria, para Montesquieu, a liberdade; se o rei tivesse poder de decisão, a liberdade estaria arruinada.⁶²²

⁶²¹ THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*, p. 9.

⁶²² MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo VI.

A teoria da separação de poderes, portanto, na perspectiva do equilíbrio, nunca significou uma sucessão de decisões na qual um poder revogava e substituía a decisão do outro, afastando qualquer elemento de anarquia ou instabilidade. O único risco era a paralização, a inatividade, a manutenção do *status quo*.

Diferentemente dos federalistas, porém, Montesquieu permitia que o monarca participasse do poder legislativo, mas não os juízes, como queria Madison. A razão para tal escolha repousa na crença de Montesquieu de que os juízes não poderiam ser arbitrários. Os julgamentos deveriam ser estáveis, constantes, previsíveis. Se o juiz sentenciasse com base em sua opinião particular, os cidadãos não saberiam os compromissos que assumiram na sociedade,⁶²³ ou seja, as leis não valeriam nada. Concluir que Montesquieu, ao dizer que os juízes deveriam ser a boca da lei, estaria impedindo os magistrados de interpretar a norma é deturpar suas palavras e criticar a própria deturpação. Os juízes podiam interpretar a leis, o que não podiam fazer era negar-lhes vigência, declarando-as nulas, como fizeram os federalistas.

Resumidamente, no segundo capítulo, foi discutido como os federalistas conferiram ao judiciário a autoridade legislativa que Montesquieu concedia ao executivo, enquanto que, no terceiro capítulo, foi discutido como os teóricos da soberania popular conferiram ao executivo a mesma autoridade legislativa que Montesquieu concedia aos juízes, isto é, nenhuma.

Como a soberania popular impede a divisão do legislativo, os poderes executivo e judiciário ficariam impedidos de realizar o controle da legislatura, vetando as leis ou efetuando o controle de constitucionalidade. Porém, ainda que houvesse a opção por uma teoria mista, na qual o controle de constitucionalidade ou veto fosse admissível, o veto absoluto seria convertido em veto suspensivo ou superável, outorgando o poder constituinte aos representantes do povo ou ao próprio povo, diretamente.

Para Francisco Campos,⁶²⁴ o recurso ao legislador, nos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei, funcionava como verdadeiro poder constituinte do Congresso, permitindo a retirada de eventual vício de incompatibilidade entre a lei e a constituição. O controle judicial de constitucionalidade das leis retiraria do povo o controle do governo e o colocaria nas mãos da judicatura. Esta tese verificou que teorias populares, como a Francisco

⁶²³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, capítulo VI.

⁶²⁴ CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*, pp. 101, 103-104.

Campos, de 1937, foram adotadas na Constituição do Canadá e chegaram a ser discutidas como propostas de emenda à Constituição dos Estados Unidos, pelos senadores Burton Wheeler e Homer Bone.⁶²⁵ Conclui-se que o recurso ao legislador, ao permitir que o Congresso reveja os atos do executivo ou judiciário, em nada ofende a independência entre os poderes. O veto ou o controle judicial de constitucionalidade, oriundo da divisão do legislativo e da teoria equilibrada é que impõe a flexibilização da independência. A separação funcional pura, expressão máxima da separação de poderes, não admitiria nem o veto nem o controle judicial, sendo, assim, inconcebível sustentar que a volta da decisão ao legislador seja a ação que compromete a independência, quando o que compromete a independência entre os poderes é o veto de qualquer natureza.

Esta tese, ainda, concluiu que, nos termos da Constituição Federal de 1988, o argumento dogmático não conferiria ao poder judiciário a guarda da constituição, já que a constituição elencou não um, mas diversos guardiões, listou competências reservadas, designou os deputados federais como representantes do povo e proclamou a soberania popular, exercida pelos representantes eleitos e pelo povo, diretamente. Contudo, como Marshall havia advertido, a descrição da competência de cada poder não seria suficiente para manter os departamentos em seus respectivos lugares, daí, a solução, na perspectiva da separação funcional assimétrica, seria impor o controle popular. Esta tese estudou duas espécies de fiscalização popular: as assembleias extraordinárias e os plebiscitos ou referendos.

De acordo com Sieyès,⁶²⁶ o emprego do veto era incompatível com a supremacia constitucional, ou seja, onde houvesse a divisão do poder em constituinte e constituído. Como na Inglaterra o legislativo era único, tal medida até poderia se justificar, mas onde as assembleias ordinárias não tivessem autoridade para emendar a constituição, era impossível que o legislativo ofendesse o monarca ou o executivo. O problema do veto (ou da declaração de inconstitucionalidade) era que poderia ser exercido indevidamente, sendo maiores as chances de que o legislativo estivesse correto. Logo, mesmo que o legislativo extrapolasse suas funções (situação que, para Sieyès, seria mais provável de acontecer no poder executivo), o remédio deveria ser uma defesa comum: o poder constituinte, o verdadeiro

⁶²⁵ ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional*, pp. 421-422.

⁶²⁶ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du Veto royal, à la séance du 7 septembre 1789*.

guardião da constituição. Para Sieyès, inicialmente, o poder constituinte só seria expresso por uma assembleia de representantes eleitos.

Em sentido contrário, Madison⁶²⁷ e Rosanvalon,⁶²⁸ ao defenderem o controle horizontal do *check and balances* e criticarem o controle hierárquico da separação de poderes, acreditavam que assembleias eleitas não seriam capazes de fiscalizar outras assembleias eleitas, julgando os conflitos constitucionais com imparcialidade. Esta tese, todavia, concluiu que não existe correlação entre eleição e parcialidade, tampouco haveria qualquer garantia procedimental que assegurasse que candidatos não eleitos atuariam com imparcialidade. Entretanto, se esses critérios fossem verdadeiros, o monarca seria a pessoa com maior imparcialidade, por exercer função vitalícia e hereditária, mas essa alternativa, como a alternativa que coloca o controle do governo em órgãos não suscetíveis a controle popular, seria incompatível com teoria popular da separação funcional de poderes. Nesse sentido, como teorizou Sieyès, a separação de poderes e a supremacia constitucional exigiria que o exercício do veto fosse realizado por quem fosse controlado pelo povo, o veto monárquico, entretanto, fazia prevalecer a vontade do executivo (minoridade), contrariando o interesse da nação (maioria).

Como Sieyès defendida a unidade do poder legislativo, considerava repugnante distinguir a faculdade impedir (anular) do direito de agir. Isso era verdade apenas na medida em que o poder constituinte das assembleias extraordinárias instituía e fiscalizava. O próprio Sieyès, porém, nos anos que sucederam a revolução, acabou por dividir a soberania legislativa que era reservada às assembleias constituintes, conferindo o poder de cassação ou veto ao júri constitucional ou ao senado conservador, dividindo, com isso, a autoridade de estatuir e impedir. Esta tese concluiu que os riscos de um júri constitucional, de um conselho de censores ou de um senado conservador estão presentes em toda autoridade que exerça a faculdade de impedir, sendo que as teorias de equilíbrio, ao propugnarem a solução horizontal, também afiançariam a ausência de controle do poder de cassação. Esta tese, ainda, concluiu que o recurso ao legislador era um modelo teórico mais fiel às críticas de Sieyès ao veto monárquico do que sua proposta de senado conservador ou júri constitucional, por permitir um veto qualificado pelo controle popular, nos parâmetros

⁶²⁷ MADISON, James. *Federalist papers*, nº 50 e 51.

⁶²⁸ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*, pp. 220-225.

estabelecidos por Sieyès em 1789 e reunir a faculdade de impedir e estatuir no mesmo poder, ainda que separando as legislaturas.

O guardião externo, por excelência, seria o povo, incapaz de ser confundido com os poderes constituídos. Não obstante, mesmo a convocação do povo para dirimir os conflitos causaria controvérsias. O povo não poderia ser (nem seria desejável que fosse) convocado constantemente, uma vez que o dever de fiscalização imporia controle contínuo do governo. Todavia, a convocação constante do povo inviabilizaria a própria separação de poderes, pois o poder constituinte substituiria e suspenderia o poder constituído. O povo também romperia o equilíbrio do governo, institucionalizando a tirania da maioria e fazendo prevalecer o poder legislativo. Madison, ao afirmar que deveria ser criado um caminho constitucional para decisão do povo, estava imaginando que o povo apenas poderia criar e modificar a constituição, não fiscalizar os poderes constituídos, isto é, o povo poderia estatuir, não impedir. Não obstante, esta tese concluiu que o exemplo clássico de Madison do governo equilibrado permitia a devolução do veto presidencial ao poder legislativo, fazendo com que o poder de impedir fosse, ao fim, deliberado por quem detinha a faculdade de estatuir. Para esta tese, as razões que tornam indesejável o veto absoluto do poder executivo são as mesmas razões que tornam indesejável o veto absoluto do poder judiciário, isto é, quando o poder legislativo ou o povo são incapazes de deliberar sobre o poder de impedir, a soberania popular é comprometida.

O que é o governo equilibrado então? O governo equilibrado é aquele em que a faculdade de estatuir do legislativo não pode estar reunida na faculdade de impedir. Ninguém pode exercer os dois legislativos simultaneamente, nem as assembleias, compostas em corpos legislativos, nem o monarca, representante do poder executivo. A crítica da soberania popular sobre a teoria equilibrada é que a divisão do poder legislativo em estatuir e impedir é indevida, como também é indevido pressupor que as minorias não poderiam causar danos à liberdade da maioria, fazendo persistir os privilégios de uma pequena parcela do povo. Ao admitir o veto absoluto, a vontade de impedir prevaleceria sobre a vontade de estatuir, permitindo um controle que, em última instância, favoreceria o *status quo*. As medidas de recurso ao legislativo e ao povo violariam o equilíbrio por reunir as duas faculdades em um só poder. Percebe-se que a soberania popular exige essa reunião por crer que o governo precisa se submeter ao povo. Quando um ramo do governo é capaz de impedir, frustrando a autoridade de estatuir do povo, a vontade da nação não consegue se

fazer cumprir, especialmente diante da ausência do *accountability* eleitoral. Nesta tese, concluiu-se que soberania popular admite que o povo controle os vetos dos poderes pelo recurso ao legislador ou pelo recurso direto ao povo. A diferença entre esses dois mecanismos e a supremacia legislativa unitária (que proíbe qualquer veto) apenas repousa na admissibilidade da faculdade de impedir dos outros poderes, mas exige o retorno do veto ao poder que detém a faculdade de estatuir, unindo-os de algum modo, o que talvez fosse possível em John Locke. O problema em unir as faculdades de estatuir e impedir seria a ausência de um poder que lhe fizesse contraponto, como não há contraponto, por exemplo, às assembleias constituintes.

Se o poder legislativo fosse indivisível, a liberdade poderia ser comprometida, na perspectiva do constitucionalismo moderado e equilibrado; se o poder legislativo fosse dividido, o povo poderia perder o controle sobre a legislação. O que fazer, por exemplo, se o monarca ou os juízes passassem a estatuir em vez de apenas impedir? Sem controle popular, o ramo responsável apenas em estatuir teria dificuldade para reagir ao excesso do outro. Esse foi o problema do ativismo judicial. Quando as decisões judiciais passaram a romper o *status quo*, não apenas anulando a lei, mas modificando o estado das coisas, dando nova ordenação à comunidade, a teoria do equilíbrio foi violada. Um único poder poderia estatuir e impedir, legislar e julgar, decidir sem qualquer autoridade para lhe fazer contraponto. Ao mesmo tempo, esse poder, por não ser eleito, não se submeteria ao controle popular. Por isso, concluiu-se nesta tese que a supremacia judicial, ao permitir que os juízes rompessem o *status quo*, erigiu um modelo despótico, tanto na perspectiva da soberania popular quanto na perspectiva do governo equilibrado.

Esta tese não objetivou ser propositiva. Sua preocupação foi descrever a ambição de duas teorias de governo que buscavam preservar a liberdade e realizar os anseios populares; e descrever em que medida essas ambições foram concretizadas e como o debate atual, especialmente no caso brasileiro, sobre a divisão e o controle do poder legislativo recorre a argumentos falaciosos para legitimar condutas que não seriam permitidas em ambas.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. **Transformação do direito constitucional**: Nós, o povo soberano. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad – Cuadernos y Debates 29**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 31-47.
- _____. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos constitucionales**. México: Distribuciones Fontamara, 2005.
- ALFIERI. **Tratado da tirania**. Trad. Antônio José Falcão da Trota. São Paulo: Logos, s/a.
- ALLEN, Jason Grant. **One Nation Under Surveillance: A New Social Contract to Defend Freedom Without Sacrificing Liberty by Simon Chesterman**. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/JLLawInfoSci/2011/10.html>. Acesso em: 25 jun. 2015.
- ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: a política e a história**. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. 2ªed. Lisboa: Editorial Presença, 1977.
- AMAR, Akhil Reed. Choosing representatives by lottery voting. **Faculty Scholarship Series**, paper 1018: 1283-1308, 1984.
- ARBLASTER, Anthony. **A democracia**. Trad. M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1988.
- ARCO RAMÍREZ, Federico. Regla de la mayoría, democracia deliberativa igualdad política. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Granada, 46: 13-36, 2012.
- ARISTÓTELES. **A Política**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Soberania popular e reforma constitucional: acerca da legitimação democrática da mudança constitucional. **E-legis**, Brasília, n. 10, jan/abr 2013, pp. 56-70.
- BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**. São Paulo: Forense, 1987.
- BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia e constitución. On: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Trad. Alfonso García Figueiroa. Madri: Trotta, 2000.
- BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a Constituição**. Trad. Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BEARD, Charles A. The answer: Judicial Review and the Framer's Intent. In: MELONE, Albert P. e MACE, George. **Judicial Review and American Democracy**. Iowa: Iowa State University Press/Ames, 1988.

BELLAMY, Richard. **Liberalismo e sociedade moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil. **Lua Nova**, v.88, São Paulo, 2013.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. **Estudos sobre a humanidade**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Second edition. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BLACK, Hugo L. **Crença na Constituição**. Trad. Luiz Carlos F. de Paula Xavier. São Paulo: Forense, 1970.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BURKE, Edmund. **Speech to the Electors of Bristol, on His Being Declared by the Sheriffs Duly Elected One of the Representatives In Parliament for That City**. Disponível em: <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/burke/Works02.pdf>. Acesso em: 16 de mar. 2016.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTO, William R. **The Supreme Court in the Early Republic: The chief Justiceships of John Jay and Oliver Ellsworth**. South Carolina: University of South Carolina Press, 2012.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 7ª ed. Trad. Lydia Cristina, Rio de Janeiro: Agir, 1995.

CONDORCET, Marquis de. **Plan de Constitution presente a la Convention Nationale, les 15 & 16 Février, 1793, l'an II de la République, Paris, Convention Nationale, 1793**. Disponível em: <https://archive.org/details/plandeconstituti00fran>. Acesso em 30 de jul. 2017.

COSTA, Pietro. **Pouco, muitos, todos: Lições de história da democracia**. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

DAHL, Robert A. Can international organizations be democratic? A Skeptic's view. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDÓN, Casiano. **Democracy's edges**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 19-36.

_____. **La democracia y sus criticos**. Trad. Leandro Wolfson. Barcelona: Paidós, 1992.

DETTMAM, Deborah, MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Representação sem eleição: uma crítica à teoria da representação argumentativa na perspectiva do diálogo e da autonomia. **Revista Arquivo Jurídico**. Vol. 3, nº 1, Jan/jun, 2016.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Fifth edition. London: The Macmillan Company, 1897.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**. Trad. António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

DUNN, John. **The political Thought of John Locke**: an historical account of the Argument of the 'Two Treatises of Government'. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**. Trad. Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1995

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**: una teoría del control constitucional. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Universidade de los Andes, 1997.

FIORAVANTI, Marco. Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives historico-juridiques. **Annales historiques de la Révolution française**, 349, 2007, pp. 87-103.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**; trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

GERTNEY, Kenneth Charles. **The council of censors in Pennsylvania**. Disponível em: http://preserve.lehigh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2789&context=etd&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Furl%3Fsa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3Dcouncil%2520of%2520censors%2520pennsylvania%26source%3Dweb%26cd%3D2%26cad%3Drja%26uact%3D8%26ved%3D0ahUKEwiixuPJ9eLTAhWEI5AKHX0NCCYQFggvMAE%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fpreserve.lehigh.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D2789%2526context%253Detd%26usg%3DAFQjCNGCV3MoX1czhcx0Krjwq2ljV9mEDQ%26sig%3DCIG5Q8CuzHmxnk1tEQG_SA#search=%22council%20censors%20pennsylvania%22. Acesso em: 03 mar. 2017.

GRIFFIN, Stephen. A Era Marbury: O Judicial Review em uma Democracia de Direitos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 223-280.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James and JAY, John. **The Federalist papers**. New York: Bantam Books, 1982.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

JEFFERSON, Thomas. (March, 13 1789). **[Letter to Francis Hopkinson]**. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jefl75.php>. Acesso em: 16 jun. 2016.

KENYON, J. P. **The Stuart Constitution 1603-1688**: documents and commentary. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

KRAMER, Larry. **The people themselves**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KRITSCH, Raquel; SILVA, André Luiz da. Considerações acerca da noção de razão pública no debate Rawls-Habermas. **Revista de sociologia e política**, Curitiba, v. 19, n. 39, pp: 67-90, jun. 2011.

KRONMAN, Anthony Townsend. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. **Faculty Scholarship Series**. Paper 1064, Volume 94, Number 7, June 1985, pp. 1567-1616.

LIMA, Martônio mont'Alverne Barreto. Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do poder judiciário. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. Nº 8. São Paulo: RT, jan-jun de 1996, pp. 81-101.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**; trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, 1:63-93, jan-jun, 2009.

LOUVET, P.F. **Opinion, Contre la proposition d'un jury constitutionnaire, Prononcée le 24 thermidor, an troisiè, Représentant du Peuple; Paris, Convention Nationale, 1795**. Disponível em: <https://archive.org/details/opinioncontrelap00louv>. Acesso em 02 abr. 2017.

MACEDO, Stephen. Against majoritarianism: democratic values and institutional design. **Boston University Law Review**, Boston, 90: 1029-1042, 2010.

MADISON, James. (September, 2 1819). [Letter to Spencer Roane]. Disponível em: <http://founders.archives.gov/documents/Madison/04-01-02-0455>. Acesso em: 16 jun. 2016.

MANENT, Pierre. **História intelectual do liberalismo: dez lições**. Rio de Janeiro: Imago, 1990

MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, vol. 10, 29:5-34, 1995.

_____. Eleições e representação. **Lua Nova**, São Paulo, 67:263-269, 2006.

_____. O princípio da distinção. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, 4:187-226, jul-dez, 2010.

MANSFIELD JR, Harvey C. Governo constitucional: a alma da democracia moderna. Trad. José Lívio Dantas. In: KRISTOL, Irving; GLAZER, Nathan e WILSON, James Q. **A ordem constitucional americana (1787-1987)**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. pp. 83-101.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Montesquieu e a Constituição da Inglaterra**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19114/montesquieu-e-a-constituicao-da-inglaterra/2>. Acesso em 20 jun. 2016.

_____. **Teoria do Estado**: Uma introdução crítica ao Estado Democrático Liberal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**; trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Separação dos Poderes e Função Judiciária: Uma perspectiva teórica democrática. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 17-64.

MEDEIROS, Borges. **O Poder Moderador na República Presidencial**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

MELONE, Albert P. e MACE, George. **Judicial Review and American Democracy**. Iowa: Iowa State University Press/Ames, 1988.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 25: 165-175, jun, 2006.

_____. Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e *advocacy*. **Lua Nova**, São Paulo, 84:353-364, 2011.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Edições Brasil, 2005.

MORGAN, Edmund. **Inventing the people**: the rise of popular sovereignty in England and America. New York: W W Norton, 1989.

NELSON, William E. **Americanization of the Common Law**: The impact of legal change on Massachusetts Society. Massachusetts: Harvard University Press, 1975

_____. **Marbury versus Madison**: the origins and legacy of judicial review. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

PAIXÃO, Cristiano. **A Constituição subtraída**. Observatório da Constituição e da Democracia, n. 1, Brasília, jan. 2006.

PERY, Barbara. **A “representative” Supreme Court?** The impact of race, religion, and gender on appointments. New York: Greenwood Press, 1991.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra editora, 1989.

PITKIN, Hanna. **El concepto de representación**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

_____. Obligation and consent. **The American political science review**, vol. 59, nº 04 (Dec., 1965). pp. 990-999.

POLLOCK, Frederick. **Locke's theory of the State**, Disponível em: <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/locke/thestat>. Acesso em: 23 jun. 2015.

POCOCK. J. G. A. **El momento maquiavélico**: El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica, Madrid: Tecnos, 2002

RALPH, Ketcham. **The Anti-federalist Papers and the Constitutional Convention Debates**. New York: Mentor Books, 1986.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2000.

ROSSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: Imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Direitos fundamentais e democracia**: o debate Habermas – Alexy. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa: *Qu'est-ce que Le Tiers État?*** 5ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du Veto royal, à la séance du 7 septembre 1789**. Disponível em: <https://archive.org/details/AbbSieyesQuestionVetoRoyal>. Acesso em 02 abr. 2017.

_____. **Opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du Jury Constitutionnaire proposé le 2 thermidor, prononcée a la Convention Nationale, Le 18 du même mois, Tan 5 de la République, l'an 3 de la République, Paris, Convention Nationale**. Disponível em: https://archive.org/details/opinion00unse_1jd. Acesso em 02 abr. 2017.

SPAETH, Harold J. e SEGAL, Jeffrey A. **Majority rule and minority will: adherence to precedent on the U.S. Supreme Court**. Cambridge; Cambridge University Press, 1999.

SPECTOR, Horacio. **The theory of constitutional review**. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37484029/The_Theory_of_Constitutional_Review.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1497650177&Signature=TSbdlgSoh1FZM2%2FsKf3tQpgxtz4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DThe_Theory_of_Constitutional_Review_in.pdf. Acesso em 12 jan. 2017.

THAYER, James Bradley. **The origin and scope of the american doctrine of constitutional law**. London: Forgotten Books, 2012.

THIBAUDEAU, Anthoine Claire. **Mémoires sur la convention et le directoire**. Paris: Baudouin Frères, 1824.

_____. **Opinion de Thibauudeau, Représentant du peuple, sur Le Jury Constitutionnel, Prononcée das la séance du 24 thermidor, Paris, Convention Nationale, 1795**. Disponível em: https://archive.org/details/opinion00unse_6h8. Acesso em 02 abr. 2017.

TUSHNET, Mark. **I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases**. Boston: Beacon Press, 2008.

_____. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VERDIN, Matthew. **Defending the majoritarian case against judicial review**. The Ohio State University, Ohio, junho de 2012.

VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Trad. Xohana Bastida Calvo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

VOEGELIN, Eric. **A nova Ciência da Política**. 2ª Ed. Trad. De José Viegas Filho. Brasília: Editora da UnB, 1982.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 90: 1043-1057, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí y águeda Quiroga. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

_____. **Do judges reason morally?** Disponível em: <http://minhateca.com.br/igordiniz94/Documentos/Livros+PDF/Do+judges+reason+morally,99001681.pdf>. Acesso em: 02 out. 2014.

_____. Judicial Power and Popular Sovereignty. In: GRABER, Mark A. and PERHAC, Michael. **Marbury versus Madison: documents and commentary**. Washington, D.C.: CQ Press, 2002, pp. 181-202.

_____. Law and defamation: the visibility of hate. **Harvard Law Review**. Vol. 123, nº 7(may 2010), pp. 1596-1657.

_____. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**. New Haven, 115: 1346-1406, 2006.

WALUCHOW, Wil. Constitutions as living trees: an idiot responds. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Ontario, 18: 207-247, 2005.

WHITTINGTON, Keith. *“to Support This Constitution”: Judicial Supremacy in the Twentieth Century* In: GRABER, Mark A. and PERHAC, Michael. **Marbury versus Madison: documents and commentary**. Washington, D.C.: CQ Press, 2002, pp. 101-128.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. London: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WOOD, Gordon S. Democracia e a Constituição. In: GOLDWIN, Robert A. e SCHAMBRA, William A. **A Constituição Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **La revolución norte-americana**. Trad. Isabel Merino. Barcelona: Mondadori, 2003.

YATES, Robert. *Letters of Brutus*. In: MELONE, Albert P. e MACE, George. **Judicial Review and American Democracy**. Iowa: Iowa State University Press/Ames, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 8ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.